



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – DCJ
CURSO DE DIREITO

IGOR BATISTA MAIA

FUNÇÕES OCULTAS DA JUSTIÇA PENAL: REFLEXÕES SOBRE O
INIMIGO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

SANTA RITA

2019

IGOR BATISTA MAIA

FUNÇÕES OCULTAS DA JUSTIÇA PENAL: REFLEXÕES SOBRE O INIMIGO
NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, no Departamento de Ciências Jurídicas - Santa Rita, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Nelson Gomes de Sant'Ana e Silva Junior

Coorientadora: Prof^a. Ma. Rebecka Wanderley Tannuss

SANTA RITA
2019

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

M217f Maia, Igor Batista.

Funções ocultas da justiça penal: reflexões
sobre o inimigo no Direito Penal brasileiro /
Igor Batista Maia. - João Pessoa, 2019.
73 f.

Orientação: Nelson Gomes de Sant'Ana e Silva Junior.
Coorientação: Rebecka Wanderley Tannuss.
Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ.

1. Criminologia Crítica. 2. Justiça Penal. 3.
Direitos Fundamentais. 4. Direito Penal do Inimigo.
I. Silva Junior, Nelson Gomes de Sant'Ana e. II.
Tannuss, Rebecka Wanderley. III. Título.

UFPB/CCJ

IGOR BATISTA MAIA

FUNÇÕES OCULTAS DA JUSTIÇA PENAL: REFLEXÕES SOBRE O INIMIGO
NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito do Centro de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba,
no Departamento de Ciências Jurídicas -
Santa Rita, como exigência parcial da
obtenção do título de Bacharel em Ciências
Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Nelson Gomes de Sant'Ana e Silva Junior

Coorientadora: Prof.^a Ma. Rebecka Wanderley Tannuss

Banca Examinadora:

Data de aprovação: ____/____/____

Prof. Dr. Nelson Gomes de Sant'Ana e Silva Junior
(Orientador - DCJ/UFPB)

Prof.^a Ma. Rebecka Wanderley Tannuss
(Coorientadora - DFE/UFPB)

Prof.^a Dr^a Ana Lia Vanderlei de Almeida
(Examinadora - DCJ/UFPB)

Prof. Dr. Roberto Cordoville Efrem de Lima Filho
(Examinador - DCJ/UFPB)

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me dado força e determinação para concluir esta etapa da minha vida.

À minha amada esposa, Carol, que além de companheira leal e inseparável, é também minha melhor amiga e confidente, sempre estando ao meu lado, nos momentos bons e ruins, me apoiando e estimulando.

Aos meus filhos, Beatriz e Gabriel, por seus ensinamentos diários quanto ao verdadeiro sentido do amor.

Ao meu pai e irmãos, em especial a minha irmã Ildérica, exemplo de perseverança e força.

À minha mãe, Rita (*in memoriam*) que apesar de sua pouca instrução e das dificuldades enfrentadas no decorrer da sua vida, me ensinou a ser solidário e empático, tendo sensibilidade para me colocar no lugar das pessoas mais necessitadas.

Às minhas tias Fátima, Francisquinha e Isaura que, com o falecimento de minha mãe, me deram suporte tanto afetivo quanto moral.

Aos meus primos e primas, em especial a Mayara, Mara e Márcio, com os quais tenho uma relação fraternal.

À minha querida sogra, Maria Alice, sempre disponível a ajudar, indo muito além das suas orientações gramaticais.

Ao professor Nelson e à professora Rebecka Tannuss, pelos muitos ensinamentos e pela paciência nesta fase da minha vida acadêmica.

Aos meus inestimáveis amigos da Geografia: Yure, Víctor e Marco Aurélio, pelas inúmeras conversas sobre política, futebol e os mais diversos assuntos que nos aproximam.

Aos meus amigos Ícaro, Adriano e Dimas Junho, pela amizade e companheirismo de longas datas.

Aos meus amigos de faculdade Marinaldo Brito e Evandro Claudino.

À minha turma de Direito, que contribuiu para meu crescimento pessoal e como estudante, em especial a Laércio, Márcio, Alisson, Luiz Gonzaga, Maurício, Ailton Júnior, Rebeca, Rafaelly, Patrícia e Jéssica.

Ao curso de Direito, em especial aos professores: Ana Lia, Roberto Efrem, Eduardo Fernandes, Giscard Agra, Hugo Belarmino, Danille Cruz e Pedro Ataíde por expandirem meus horizontes, quanto à relação existente entre o Direito e as desigualdades sociais.

Ao Ex-Presidente Lula e à Ex-Presidenta Dilma Roussef, que durante seus governos buscaram reduzir as desigualdades sociais e instruir a população, dando, assim, condições de os menos favorecidos vislumbrarem outras possibilidades, desconstruindo a ideia de que o indivíduo miserável deve permanecer sem perspectivas de melhora.

Primeiro levaram os negros
Mas não me importei com isso
Eu não era negro

Em seguida levaram alguns operários
mas não me importei com isso
Eu também não era operário

Depois prenderam os miseráveis
Mas não me importei com isso
Porque eu não sou miserável

Depois agarraram uns desempregados
Mas como tenho meu emprego
Também não me importei

Agora estão me levando
Mas já é tarde.
Como eu não me importei com ninguém
ninguém se importa comigo

Bertold Brecht (1898 - 1956)

RESUMO

O presente trabalho buscou evidenciar, a partir da criminologia crítica, o longo processo evolutivo pelos quais passaram os mecanismos de controle do desvio utilizados pela sociedade durante cada momento histórico, até que chegássemos ao modelo de Justiça Penal vigente. O objetivo geral da pesquisa é compreender de que forma o Direito Penal do Inimigo se faz presente nas práticas da Justiça Penal brasileira. A metodologia utilizada neste trabalho foi uma pesquisa bibliográfica. Observou-se que o Direito Penal passa a atuar de forma seletiva, suprimindo os Direitos Fundamentais e Garantias Constitucionais das classes menos favorecidas, com o objetivo de criminalizá-las e de impor-lhes condições subumanas de sobrevivência e, com isso, criar a base que legitime a exploração do capital. O estudo constatou que, no Brasil, essa relação entre o capital e a Justiça Penal não se diferencia daquela observada no restante do mundo. A Justiça Penal atua em função dos interesses do mercado, encarcerando e eliminando os estratos sociais historicamente excluídos da nação brasileira.

Palavras - chave: Criminologia Crítica. Justiça Penal. Direitos Fundamentais. Direito Penal do Inimigo.

ABSTRACT

The present work intended to highlight, from the standpoint of critical criminology, the lengthy evolutionary process through which the mechanisms of deviation control used by society during each historical moment were subject until we arrived at the current Criminal Justice System model. The general objective of this research is to understand how the Criminal Law of the Enemy is present in the practices of the Brazilian Criminal Justice System. The methodology used in this study was a bibliographic research. It was observed that Criminal Law starts to act selectively, suppressing the fundamental rights and constitutional guarantees of the less privileged classes, with the aim of criminalizing them and imposing subhuman conditions of survival upon them creating, therefore, the basis that legitimate capital exploitation. The study found that in Brazil, this relationship between capital and Criminal Justice System does not differ from the one observed in rest of the world. The Criminal Justice System acts in accordance with the interests of the market, incarcerating and eliminating the historically excluded social layers of the Brazilian nation.

Keywords: Critical Criminology. Criminal Justice System. Fundamental Rights. Criminal Law of the Enemy.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	10
2.	JUSTIÇA PENAL.....	12
	2.1. Breve histórico sobre a Justiça Penal.....	12
	2.2. A Justiça Penal e sua funcionalidade.....	16
3.	CORRENTES DO DIREITO PENAL.....	28
	3.1. Abolicionismo Penal.....	28
	3.2. Direito Penal Mínimo ou Minimalismo Penal.....	31
	3.3. Garantismo Penal.....	33
	3.4. Direito Penal Máximo ou Maximalismo Penal.....	41
4.	DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	46
	4.1. Abordagem Clássica.....	46
	4.2. Abordagem Crítica.....	52
	4.3. O histórico processo de exclusão social e o “etiquetamento” de toda uma classe como inimigos do Brasil.....	56
5.	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	65
	REFERÊNCIAS.....	68

1. INTRODUÇÃO

De tal modo, para que o Direito seja respeitado pelo corpo social, ele necessita de mecanismos de coerção e controle dos desvios - as sanções penais inerentes ao Direito Penal - que segundo os ensinamentos de Zaffaroni e Pierangeli (2009), trata-se do conjunto de leis penais, assim como o sistema de interpretação dessas leis. Para Zaffaroni e Pierangeli (2009) a legislação penal se distingue da restante legislação pela especial consequência que associa à infração penal (delito) a coerção penal, que consiste quase exclusivamente na *pena*.

Assim, por ser o Direito um campo do conhecimento humano fortemente atrelado à capacidade interpretativa de seus operadores e pensadores, a partir do momento em que se verifica uma maior complexidade nas interações sociais, surgem novos bens jurídicos e com isso novas modalidades de delito. Dentro desta temática, surge a tese do direito penal do inimigo que é trabalhada sob duas perspectivas: uma clássica, que concebe a possibilidade de negação de direitos para determinados indivíduos taxados como perigosos; e a crítica, que busca denunciar o caráter funcional dessa violência contra certos grupos de indivíduos (CARVALHO, 2006).

Por essa razão, tentamos demonstrar a realidade brasileira em que temos uma estrutura social pautada, historicamente, pela extrema desigualdade social, vez que o Estado promove uma "guerra" contra os negros e a população menos favorecida, matando-os e encarcerando-os.

A escolha do tema deve-se ao fato de ser uma questão pouco debatida e difundida para os estudantes das ciências jurídicas, sob a perspectiva da criminologia crítica. Diante disso, a pergunta que fundamenta a referida pesquisa é: Como o Direito Penal do Inimigo se faz presente nas práticas da Justiça Penal brasileira?

Para tanto, o objetivo geral do trabalho é conhecer o quanto este Direito Penal do Inimigo está presente no Sistema Penal Brasileiro, assim como na cultura punitivista.

O trabalho foi elaborado a partir de uma pesquisa bibliográfica e documental. De acordo com Gil (2008), a pesquisa bibliográfica é realizada através de material já publicado, como livros e artigos científicos, além de documentos que auxiliem na sua elaboração.

O trabalho trará no primeiro capítulo um breve relato histórico sobre a justiça penal, bem como sua funcionalidade dentro do corpo social. No segundo capítulo, serão apresentadas as correntes do Direito Penal, que vão desde a abolição do sistema penal, passando pelo Minimalismo Penal, assim como pelo Garantismo Penal, finalizando com o Maximalismo Penal.

No terceiro capítulo, trabalharemos com o Direito Penal do Inimigo, a partir do debate entre os autores que abordam o tema de uma forma clássica, com os autores que trabalham o tema por meio da crítica. Por fim, a pesquisa se encerrará com o estudo em que apresentamos as formas como esses elementos do Direito Penal do Inimigo são amplamente utilizados na sociedade brasileira que, ao longo da história, classifica grupos inteiros de indivíduos como indesejáveis, o que resulta em uma sociedade excludente, que criminaliza, neutraliza e exclui os sujeitos não "produtivos", utilizando-se para isso da poderosa estrutura punitiva do Estado.

2. JUSTIÇA PENAL

2.1. BREVE HISTÓRICO SOBRE A JUSTIÇA PENAL

Quando paramos para estudar as formas de Justiça Penal que existiram no seio da sociedade, é preciso analisar as configurações das relações sociais entre os agrupamentos humanos desde o início dos tempos. Devemos atentar para certos momentos da história da humanidade e destacá-los, pois é a partir da revolução agrícola neolítica, que o homem começa a dominar uma série de métodos de cultivo, assim como domesticar animais. Com isso, alguns grupos deixam para trás uma vida nômade, estabelecendo um novo padrão de vida, sedentário, firmando-se em determinados locais, passando a produzir além do necessário para a subsistência do grupo, conseguindo acumular o excedente da produção (SPOSITO, 2005).

Nessa ocasião também teremos uma brusca mudança nas relações humanas nas quais, aos poucos, passou a existir distinção entre membros do grupo e, com isso, tratamento diferenciado para cada indivíduo. É estabelecida uma divisão de tarefas em que alguns indivíduos detêm para si o controle do grupo e os demais passam executar as atividades determinadas. A partir daí, passamos a experimentar, principalmente no quesito relacionado às "faltas" cometidas dentro do agrupamento, formas diferenciadas no tratamento dos membros do grupo, de acordo com cada função exercida por ele (MARX; ENGELS, 2007).

Assim se desenvolve a divisão do trabalho que outra coisa não era, primitivamente, senão a divisão do trabalho no ato sexual, e depois se tornou a divisão de trabalho que se faz por si só ou "pela natureza", em virtude das condições naturais (vigor corporal, por exemplo), das necessidades, do acaso etc. A divisão do trabalho só se torna efetivamente divisão do trabalho a partir do momento em que se opera uma divisão entre o trabalho material e o trabalho intelectual (MARX; ENGELS, 2007, p. 26).

No momento em que os diferentes grupos sociais começam a experimentar condições de trabalho desiguais, passamos a conhecer, conseqüentemente, condições de vida também desiguais. A partir daí surge o sentimento de (in)justiça o qual, devido às condições de exploração, começam a provocar práticas contrárias às regras estabelecidas. Em resposta a essa conduta passa a ser aplicada uma série de castigos, surgindo assim, de forma

embrionária e ainda descentralizada, uma espécie de justiça penal. (MARX; ENGELS, 2007).

O Direito Penal, ao longo de todo esse processo evolutivo da sociedade experimentou uma série de transformações e modificações em sua essência, vivenciando uma fase em que não apenas o Estado seria responsável por sua elaboração e aplicação, mas também os indivíduos de forma particular. Porém, posteriormente, o próprio Estado, entendendo a força e a capacidade de dominação da Doutrina Penal, avocou para si o direito de legislar e aplicar as sanções penais. No presente trabalho não é pertinente esmiuçar esse longo processo evolutivo do Direito Penal, mas frisar o momento em que houve a mudança de paradigma na Doutrina Penal. Isso pode ser observado a partir da derrocada do Regime Absolutista Monárquico para o Regime Liberal burguês, que tem como marco histórico a Revolução Francesa de 1789 e se perpetua até os dias atuais (FOUCAULT, 2013).

No estudo da evolução dos sistemas processuais penais que interessam ao presente trabalho, é preciso realizar o recorte temporal para que consigamos vislumbrar as transformações sociais que vinham ocorrendo no mundo e que acabaram por refletir no Direito Penal. Durante esse período houve mudanças nos regimes políticos em que o sistema Feudal perde força e a Monarquia retoma o seu lugar nas relações de poder: surgem as Cidades-Estados. Com o Regime Absolutista, temos a instituição de um sistema processual inquisitório, inspirado no Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício da Igreja Católica, instituído no Século XIII, em que o juiz concentrava em suas mãos as funções de acusar e julgar, com base nas provas produzidas por ele, além da possibilidade de o magistrado atuar de ofício e manter todo o processo em sigilo.

No Regime Absolutista a Justiça Penal estava à mercê da vontade do monarca, tendo a função primária de castigar aquele que contrariasse a vontade do Rei, para que servisse de exemplo aos demais. Com o surgimento das Cidades-Estados, porém, e o consequente fortalecimento do comércio, uma nova classe social emerge - a burguesia - que conseguiu acumular riquezas e exercer forte influência sobre o restante da população, instigando-a à implantação de um novo regime político, que garantisse liberdade para a população, não permitindo a aplicação de castigos ao bel prazer do

governante. Assim foi criada toda a atmosfera para a queda do Regime Monárquico vigente (SPOSITO, 2005).

Com o declínio das monarquias e a elevação das Cidades-Estados, o novo grupo social que ascendia ao poder, a burguesia, ocupava lugar de destaque e passava a incentivar uma mudança abrupta no regime político, pontuando a necessidade de se criar um sistema jurídico não com base num Direito natural, mas com base na lei positivada e criada pelos homens, que deveria representar os valores da coletividade e não do monarca. Dessa forma, os sistemas processuais penais passaram por novas alterações significativas: passam a existir as figuras do acusador e a do julgador, além de se eliminarem progressivamente os severos castigos corporais, como forma de sancionar a figura do condenado (SPOSITO, 2005).

Assim, no fim do século XVIII (1789), temos a deflagração de um movimento revolucionário – Revolução Francesa - que culminou com a deposição e a decapitação do rei da França. Este foi o evento histórico principal que marcou a mudança não só do Regime Político, mas também a de um sistema processual penal que deixa de considerar a figura do acusado como mero objeto e passa a tratá-lo como uma engrenagem importante do sistema econômico. A partir de então, o sistema Penal terá uma dupla função: primeiro acabar com todo e qualquer resquício de influência da nobreza e do clero; segundo apaziguar as camadas populares que almejavam uma sociedade igualitária, fraterna e livre (BATISTA, 2012).

No século XVIII, as lutas revolucionárias contra o poder punitivo absolutista produziram uma articulação global acerca do delito: política criminal, direito penal e processo penal. A burguesia iluminista precisava derrotar a nobreza e o clero, impor-lhes limites, e ao mesmo tempo precisava conter as massas pobres que sonhavam com uma república livre, igualitária e fraterna (BATISTA, 2012, p. 07-08).

Em resumo, a partir do momento em que os ideólogos iluministas incutem na população a ideia de um sistema processual penal que garanta ao acusado sanções mais humanizadas, sem infringir sofrimentos físicos, a aplicação de castigos corporais deixa de ser uma opção de pena para os condenados, pois sua manutenção significaria a continuação, mesmo que de forma pontual, do regime político absolutista, tão atacado pela burguesia.

Dessa forma, a partir de configurações mais suavizadas, do ponto de vista da aflição corporal, as penas buscaram "domesticar" as classes sociais menos favorecidas da população para o não cometimento dos delitos patrimoniais.

As sanções começam a ser utilizadas pelo Estado, que representava os interesses dos grupos dominantes, de uma forma mais pragmática, perdendo o caráter de espetáculo e ganhando tons mais formais, desvinculando as figuras dos magistrados da aplicação das penas, para que fosse possível a "criação" de uma ideia de justiça universal e igualitária para todo o corpo social (FOUCAULT, 2013).

Durante todo o século XVIII, dentro e fora do sistema judiciário, na prática penal cotidiana como na crítica das instituições, vemos se formar uma nova estratégia para o exercício de castigar. E a "reforma" propriamente dita, tal como ela se formula nas teorias de direito ou que se esquematiza nos projetos, é a retomada política ou filosófica dessa estratégia, com seus objetivos primeiros: fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, coextensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir (FOUCAULT, 2013, p. 79).

As transformações sociais que ocorreram a partir do fortalecimento do sistema econômico pautado no acúmulo de capital, refletiram principalmente no campo do Direito, pois aqueles que detinham o poder econômico e exerciam forte influência no campo político, necessitavam de normas para proteger seus bens. Do mesmo modo como as cidades haviam-se transformado em centros econômicos, os delitos também sofreram mutação, passando para um estágio mais avançado, em que houve o progressivo abandono dos ataques aos agentes fiscais do Estado, passando-se a uma ação em que não há mais a figura do "bando", mas a do indivíduo que agia contra o patrimônio privado.

As penas, após um processo de suavização, de humanização da sua aplicação, para que tivessem maior efetividade no combate às ofensas dirigidas aos bens das classes mais favorecidas, deveriam atingir não o corpo do condenado, mas a sua mente (FOUCAULT, 2013).

Sob a humanização das penas, o que se encontra são todas essas regras que autorizam, melhor, que exigem a "suavidade", como uma economia calculada do poder de punir. Mas elas

exigem também um deslocamento no ponto de aplicação desse poder: que não seja mais o corpo, com o jogo ritual dos sofrimentos excessivos, das marcas ostensivas no ritual dos suplícios; que seja o espírito ou antes um jogo de representações e de sinais que circulem discretamente, mas a alma, dizia Mably. E vemos bem o que deve entender por esse termo: o correlato de uma técnica de poder. Dispensam-se as velhas "anatomias" punitivas (FOUCAULT, 2013, p. 97).

Partindo dessa nova perspectiva traçada pelo regime liberal burguês, a respeito de uma Justiça Penal mais objetiva na aplicação das sanções, passemos para uma abordagem sobre a finalidade declarada do Direito Penal e a quem este serve.

2.2. A JUSTIÇA PENAL E SUA FUNCIONALIDADE

Antes de pontuarmos a respeito do papel do Direito a partir do período das luzes (séculos XVII/XVIII), faz-se necessário trazer à tona as transformações que já vinham ocorrendo desde a Idade Média, com o declínio do sistema feudal (séculos XIV/XV). Essa fase é de grande importância, pois marca o início de um processo de inversão da estrutura social daquele período, em que o campo começa a reduzir seu grau de importância, assim como algumas cidades passam a se tornar o destino da maior parte das pessoas que viviam das atividades agrícolas desenvolvidas nos feudos e que agora passam a depender das atividades comerciais desenvolvidas nos grandes centros.

Este processo de retomada da urbanização, de renascimento das cidades, foi possível pela reativação do comércio, enquanto atividade econômica urbana. Ao se desenvolver, esse comércio foi criando as condições para estruturação do modo de produção capitalista e, simultaneamente, a destruição dos pilares da economia feudal (o latifúndio, sua economia "fechada" e a servidão) (SPOSITO, 2005, p. 32).

As transformações que resultaram dessa mudança de um sistema feudal para o mercantilismo, acarretaram o que poderíamos classificar como uma das primeiras divisões das atividades laborais, pois, além de se estabelecer uma moeda para circular dentro das cidades, passou-se a remunerar as pessoas que desempenhavam determinadas atividades. Assim, as cidades foram-se tornando o destino da maior parte da população daquela época, proporcionando a determinado grupo de indivíduos, que detinha o controle das

relações comerciais, um acúmulo de riquezas ao longo dos anos. Surgiu, com isso, o que seria a classe burguesa, responsável por criar as condições necessárias para iniciar um movimento revolucionário no século XVIII, que acarretou a mudança de regime político, além do uso do Direito como eficiente mecanismo de dominação (SPOSITO, 2005).

Com o fortalecimento da burguesia comercial proporcional ao crescimento de sua riqueza, de seu capital acumulado, muitas cidades obtiveram sua autonomia e passaram a ser o destino dos servos que fugiam dos feudos, estimulados pela burguesia. Uma expressão demonstra o espírito da época: "O ar da cidade é o ar da liberdade" (SPOSITO, 2005, p. 34).

Após o fim do feudalismo, as cidades e a classe burguesa foram-se fortalecendo cada vez mais, até esbarrarem nos limites do regime monárquico absolutista, momento em que a classe burguesa, que vinha acumulando riqueza há mais de dois séculos, necessitava agora de um regime político que lhe garantisse maior liberdade. Em meados do século XVIII, então, temos a eclosão da revolução burguesa, o que ocasionou a deposição do rei da França e a instauração de um regime político baseado no liberalismo, que garantia aos comerciantes a possibilidade de atuar no mercado sem ficarem expostos aos desígnios do Rei (SPOSITO, 2005).

Nesta nova fase, o Direito passa a ter uma carga ideológica fortíssima, deixando de ser um mero instrumento de punição para alçar, de forma dissimulada, ao mais eficiente mecanismo de dominação. As mudanças experimentadas na França não ocorreram de forma abrupta e isolada, elas vinham ocorrendo, paulatinamente, em toda a Europa (FOUCAULT, 2013).

A nova classe social que ascendia ao poder não podia incorrer no mesmo erro que o regime absolutista, que se utilizou de forma indiscriminada e pessoal do direito de punir, gerando na população o sentimento de injustiça. Com base nas ideias desenvolvidas por Rousseau (Do contrato social, 2011), que defendia que, com a criação do Estado, existiria um acordo selado entre todos os membros da comunidade, os legisladores passaram a criminalizar uma série de condutas para tutelar as conquistas da classe burguesa e garantir as condições de exploração dos demais, criando uma falsa percepção de que se tratava de leis que protegeriam a todos. Um dos objetivos dessas

positivações, porém, era o de frear o movimento revolucionário que se espalhava e começava a ameaçar a própria burguesia (BATISTA, 2018).

A questão criminal se relaciona então com a posição de poder e as necessidades de ordem de uma determinada classe social. Assim, a criminologia e a política criminal surgem como um eixo específico de racionalização, um saber/poder a serviço da acumulação de capital. A história da criminologia está, assim, intimamente ligada à história do desenvolvimento do capitalismo (BATISTA, 2018, p. 23).

O Estado, a partir das novas concepções políticas, passou a adotar a pena de prisão como padrão de pena, com um discurso pautado na reeducação do indivíduo desviante e no processo de ressocialização. Exerce, pois, de forma exclusiva o direito de legislar e o direito de punir aquele que desrespeitasse a paz social. É dessa forma que as classes sociais dominantes passam a transmitir a falsa ideia de imparcialidade e impessoalidade do Direito Penal, não mais permitindo nem aplicando castigos físicos "cruéis", respeitando a humanidade dos sujeitos. Todavia é também a partir desse momento que, de uma forma silenciosa e progressiva, inicia-se o processo de seleção dos indivíduos que passaram a ser criminalizáveis (FOUCAULT, 2013).

A prisão, peça essencial no conjunto das punições, marca certamente um momento importante na história desses mecanismos disciplinares que o novo poder de classe estava desenvolvendo: o momento em que aqueles colonizam a instituição judiciária. Na passagem dos dois séculos, uma nova legislação define o poder de punir como uma função geral da sociedade que é exercida da mesma maneira sobre todos os seus membros, e na qual cada um deles é igualmente representado; mas, ao fazer da detenção a pena por excelência, ela introduz processos de dominação característicos de um tipo particular de poder. (FOUCAULT, 2013, p. 217 - 218)

Com o repentino inchaço das cidades européias, foi necessário que houvesse novamente uma nova readaptação do aparelho estatal para atender aos interesses da classe burguesa. Os centros urbanos experimentaram um crescimento demográfico nunca visto antes na história da humanidade, ocasionando uma disseminação da pobreza para a grande maioria da população. Isso acarretou um proporcional aumento da criminalidade patrimonial, fazendo com que o Estado, à disposição dos capitalistas, iniciasse um processo de criminalização da condição social do indivíduo, retirando assim

sua essência de humanidade e dignidade. Ao mesmo tempo buscava convencer a grande massa de miseráveis de que se tratava de medidas aplicáveis a todos os membros pertencentes ao Estado, independentemente de sua condição social (DEL OLMO, 2004).

Dessa forma, a nova classe que emerge como grupo dominante, em um sistema em que vigora a acumulação do capital, passa a exercer a sua influência não de forma direta e clara, mas dissimulada. Foi atribuída a ela a tarefa de apontar os limites toleráveis das condutas dos indivíduos, pontuando, de acordo com seus interesses, quem devia ser vigiado e agredido pelos órgãos encarregados de proteger o sistema capitalista (polícia, poder judiciário e sistema penal) (ANDRADE, 2015).

A ilegalidade dos bens foi separada da ilegalidade dos direitos. Divisão que corresponde a uma oposição de classes, pois, de um lado, a ilegalidade mais acessível às classes populares será a dos bens - transferência violenta das propriedades; de outro a burguesia, então, se reservará a ilegalidade dos direitos: a possibilidade de desviar seus próprios regulamentos e suas próprias leis; de fazer funcionar todo um imenso setor da circulação econômica por um jogo que se desenrola nas margens da legislação - margens previstas por seus silêncios, ou liberadas por uma tolerância de fato. (FOUCAULT, 2013, p. 84)

Com as transformações econômicas e sociais, operacionalizadas desde o fim do regime feudal e intensificadas com a implementação do modo de produção capitalista, o Estado passou a se remodelar de forma cada vez mais dinâmica, buscando sempre acatar os interesses do mercado. Os investimentos em pesquisas promoveram não apenas conhecimentos que asseguravam formas suavizadas de dominação, como enormes avanços tecnológicos, proporcionados pela busca por maiores lucros e, em consequência, o desemprego estrutural, ocasionado pela substituição do homem pela máquina.

Na mesma esteira surgiram filósofos, como Karl Marx e Friedrich Engels, que passaram a denunciar os abusos promovidos pelo capital em desfavor da população. Por meio de estratégias perversas, o capital introduzia discursos e padrões de consumo que deram início a um processo de alienação da sociedade, condição necessária para a manutenção do sistema capitalista e ocultação dos mecanismos de dominação da elite capitalista. O Direito Penal

passou a ser utilizado como mecanismo de pacificação desses sujeitos despossuídos de bens, para que assim não se voltassem e nem ameaçassem as bases do capitalismo, que voltava a vivenciar uma possibilidade de revolta dos indivíduos mais pobres, que representavam a grande maioria da população (DEL OLMO, 2004).

Os problemas sociais da época deviam ser controlados de alguma forma, mas o Estado não podia regredir para métodos característicos de épocas passadas, limitando-se a reprimir diretamente. tinha de buscar outras formas de controle que estivessem de acordo com a ideologia dominante. Era o momento adequado para se recorrer à recém-criada "ciência" da antropologia criminal, que logo se chamaria criminologia (DEL OLMO, 2004, p. 47).

Diante dessas contradições, em que quanto maior o nível de desenvolvimento tanto maior também o de desigualdade social, encontramos um elevado percentual de indivíduos fora do circuito produtivo, inseridos, portanto, no processo de criminalização. Tais características apesar de parecem contraditórias são fundamentais para o mercado, pois este grande "exército" de pessoas recrutáveis é responsável por reduzir direitos para a classe trabalhadora e, em consequência, reduzir os deveres para a classe empregadora. (ANDRADE, 2012)

Nesse contexto é preciso destacar que uma boa parte deste exército de reserva do sistema capitalista jamais será absorvido pelo mercado, fazendo com que muitos desses indivíduos sejam envolvidos por grupos ligados ao crime organizado (tráfico de drogas, milícias armadas, roubos e outras formas de criminalidade). Assim, estando o Estado à mercê dos interesses do sistema capitalista, este ente jamais terá o interesse em combater as reais causas do elevado índice de criminalidade. Não promove políticas públicas que visem a melhorar a desigual distribuição de renda e de terras nem a saúde pública, nem mesmo a segurança.

Dessa forma, diante de um Estado que se negava a atacar as causas da criminalidade e assim criar melhores condições de vida não para uma pequena parcela da população, mas para a quase totalidade dos membros da comunidade, temos o surgimento de um Estado Penal, que promoverá a criminalização de grupos inteiros de indivíduos, a partir de uma seleção com

base na condição social, efetuando assim, o encarceramento de uma considerável parcela da população de baixa renda. Esses indivíduos selecionados pelo sistema são em sua esmagadora maioria homens, pertencentes às classes sociais mais pobres e negros (BARATTA, 1993).

O modo como o sistema de justiça criminal intervém sobre este limitado setor da violência "construído" através do conceito de criminalidade é estruturalmente seletivo. Esta é uma característica de todos os sistemas penais. Há uma enorme disparidade entre o número de situações em que o sistema é chamado a intervir e aquelas em que este tem possibilidades de intervir e efetivamente intervém. O sistema de justiça penal está integralmente dedicado a administrar uma reduzidíssima porcentagem das infrações, seguramente inferior a 10%. Esta seletividade depende da própria estrutura do sistema, isto é, da discrepância entre os programas de ação previstos nas leis penais e as possibilidades reais de intervenção do sistema. A imunidade, e não a criminalização, é a regra no modo de funcionamento deste sistema (BARATTA, 1993, p. 49).

Para que possamos entender essa nova postura punitiva do poder público, o Estado, que assume um papel extremamente repressor e perseguidor da população mais pobre, é preciso que nos remetamos ao momento em que essa mudança acontece - os anos de 1970 - nos Estados Unidos da América.

As razões que motivaram o reaparecimento de um Estado policalesco serão encontradas bem antes, na década de 1930, pós quebra da bolsa de valores. A partir daquele episódio e de todos os transtornos gerados pela ausência de fiscalização do mercado, passou-se a discutir uma atuação estatal mais efetiva, no sentido de intervir de forma mais objetiva na relação entre Estado, Capital e Trabalho. Tal posicionamento implica políticas públicas nas quais o Poder Público deveria frear os abusos do capital e implementar medidas para salvaguardar a classe trabalhadora. Desse modo garantiria saúde, segurança e educação, além de direito a condições de trabalho mais dignas e políticas salariais que de fato promovessem ganhos reais para o proletariado. Toda essa macroestrutura ficou conhecida como Estado de Bem-estar Social, pois consideravam-se as questões sociais correlatas às necessidades da classe operária.

Essas políticas sociais ficaram mais evidentes e assumiram um caráter de urgência pós 2ª Guerra Mundial, visto que, em virtude da destruição e das

atrocidades cometidas durante o conflito, eclodiram inúmeras manifestações pelo mundo. Foi a pressão exercida por essas manifestações, de caráter progressista, tais como as causas da população negra, movimentos camponeses, movimentos feministas, movimentos sindicais, movimento hippie, dentre outros, que fez com que o Estado acelerasse a adoção de uma série de medidas assistencialistas, para garantir condições mínimas de dignidade às populações menos favorecidas e reduzir os abusos praticados pelo capital (MAIA, 2012).

Embora a ideia inicial de implantação do *Welfare State* fosse dar suporte à economia posterior à crise de 1929, o Estado de Bem-estar só foi alcançado e teve maturidade nas economias centrais e desenvolvidas após a Segunda Guerra Mundial. É preciso destacar que o *Welfare State* considerou válidas as relações entre capitalistas e operários, mas observa-se que os conflitos de classe ficaram adormecidos, já que o Estado se encarregava de prover os elementos básicos para que os trabalhadores pudessem ter uma vida digna, independente dos mecanismos de mercado. (MAIA, 2012, p. 20)

Contudo as medidas progressistas na luta por mais dignidade da condição humana duraram pouco, pois o sistema capitalista não permitiu que a redução das desigualdades sociais fosse combatida por políticas públicas: o próprio sistema se encarregou de criar suas crises para legitimar um retorno ainda mais efetivo a tomada de decisões mais duras. Assim, nos primeiros anos da década de 70 - século XX - houve a grande crise do petróleo, que fez com os setores conservadores nos Estados Unidos retomassem um lugar de destaque na política, passando a atacar tanto a população que necessitava da ajuda do governo, quanto as medidas assistencialistas que vinham sendo adotadas, relacionando-as, intencional e maldosamente, ao aumento da criminalidade. A partir desse momento, o Estado, apoiado por setores ligados ao capital e à grande mídia, passou a adotar o discurso da necessidade de investir maçicamente em segurança, diminuindo, por consequência, os investimentos no campo social e assumindo a condição de um Estado orientado a partir do sistema penal.

Para que a ideia de um Estado mais punitivo fosse aceita pelas camadas mais pobres da sociedade, sem gerar muitos problemas para as elites capitalistas, foi criado todo um arcabouço doutrinário e midiático através de

institutos e organizações que gozavam de forte prestígio dentro da sociedade. Um dos centros irradiadores dessas teorias foi o Manhattan Institute, com sede na cidade de Nova Iorque, que promoveu o psicólogo Charles Murray à condição de principal pensador desta nova etapa do sistema capitalista. O objetivo era dissociar o aumento da criminalidade como consequência do desemprego estrutural, da precarização das condições de trabalho, do aumento da pobreza, enfim, da exploração exacerbada do capital. A partir desse movimento, que buscou a desvinculação da criminalidade como consequência do empobrecimento da população, o próximo passo do sistema penal foi proteger ainda mais o patrimônio capitalista, por meio de uma considerável expansão dos bens tutelados pelo Direito Penal, sancionando, de forma severa, comportamentos desviantes antes ignorados (KILDUFF, 2010).

Essa etapa que culminou com uma expansão legislativa das condutas que o Estado deveria penalizar, deu-se com base na "teoria das janelas quebradas", idealizada por James Q. Wilson, um dos principais criminólogos conservadores, que defendia uma punição severa ao menor desvio de conduta. O real objetivo da referida teoria, contudo, seria o de criar uma falsa ideia da evolução das condutas delitivas, fazendo crer que, com a implementação desta política, inevitavelmente haveria um combate efetivo à criminalidade em sua origem, que seriam os pequenos delitos. A "teoria das janelas quebradas", de forma intencional, é omissa aos atos delitivos praticados pelos detentores do capital, penalizando quase que exclusivamente o grande contingente de indivíduos que não foi aproveitado pelo mercado, "os indesejáveis", a população subempregada e desempregada. Essa política mais punitiva que ficou conhecida como "tolerância zero," nada mais é que mecanismo de criminalização dos mais pobres (WACQUANT, 1999).

O objetivo dessa reorganização: refrear o medo das classes médias e superiores - as que votam - por meio da perseguição permanente dos pobres nos espaços públicos (ruas, parques, estações ferroviárias, ônibus e metrô etc) (WACQUANT, 1999, p. 26).

Nesse cenário de aumento da repressão à pobreza, é preciso destacar que o sistema capitalista passava por uma nova transformação em sua estrutura de acumulação do capital: passava a circular de uma forma bem mais

dinâmica pelas redes de computadores espalhadas pelo mundo, fazendo com que o mercado financeiro assumisse o protagonismo da economia e o capital especulativo tivesse maior importância sobre o capital produtivo.

Eis o motivo pelo qual temos um acréscimo no percentual de indivíduos desempregados, em virtude da robotização dos postos de trabalho, provocando uma multidão de desempregados pelo mundo. Além disso, mais uma vez uma nova onda migratória campo/cidade fez com que as cidades sofressem com o fenômeno da favelização. A propósito, utilizando-se de todos esses fatores já elencados, os grandes conglomerados capitalistas passaram a disseminar uma ideia de caos social, apresentando propostas para solução dos problemas com base no programa de "tolerância zero", implantado em Nova Iorque pelo prefeito Rudolph Giuliani, a partir de 1975, como capaz não apenas de frear o avanço da criminalidade, mas, principalmente, de reduzi-la. Dessa forma, com base em informações moldadas nos interesses do mercado, o sistema passou a neutralizar esse imenso contingente de indivíduos que representava uma ameaça para o capital, sendo, a partir de então, executado o maior projeto de encarceramento de pobres, em sua imensa maioria composta por negros e latinos. (WACQUANT, 2001).

Se a hiperinflação carcerária é acompanhada por uma extensão "lateral" do sistema penal e, portanto, de uma decuplicação de suas capacidades de arregimentação e de neutralização, é certo que essas capacidades se exercem prioritariamente sobre as famílias e bairros deserdados, particularmente os enclaves negros das metrópoles. Como prova da quinta tendência-chave da evolução penitenciária norte-americana, temos o "escurecimento" contínuo da população detida, que faz com que, desde 1989 e pela primeira vez na história, os afro-americanos sejam majoritários entre os novos admitidos nas prisões estaduais, embora representem apenas 12% da população do país (WACQUANT, 2001, p. 93).

Por outro lado, a atuação do Estado a respeito das questões penais relativas aos sistemas financeiros, lavagem de dinheiro, corrupção política, dentre práticas delituosas da elite dominante, era no sentido de ocultar esses crimes, mesmo que tais condutas acarretassem um prejuízo infinitamente maior para a sociedade que a ofensa isolada de um indivíduo ao patrimônio ou até mesmo à vida de um particular. Assim, o foco passou a ser a criminalização

daqueles que não se submetiam às leis do mercado, os insubordinados, colocando-os como um mal para a sociedade, inimigos da ordem pública. O Sistema Penal¹ responsabilizou-se por "caçar" e "abater" os mais pobres de forma preventiva, assumindo assim, para a população mais necessitada, uma condição de Estado Penal e, para os mais ricos, um Estado que nada via, numa total omissão para os crimes praticados pela elite branca. (BARATTA, 1993)

Dentro dessa complexa e gigantesca estrutura social, pautada sempre na busca pela maximização do acúmulo de recursos, de capital, vemos uma atuação muito bem orquestrada do Estado, no qual há uma força policial extremamente comprometida com a sua função de vigiar e agredir a população pobre e não branca, que reside nas periferias; há o Ministério Público e o Poder Judiciário, responsáveis por dar continuidade ao trabalho de seleção e criminalização desses indivíduos, porém, com o objetivo de mascarar esse viés político que desempenham; e por fim há o sistema carcerário, responsável pela execução e aplicação das penas, que apesar de pregarem o respeito à dignidade da pessoa humana, violam não só o corpo desses indivíduos, mas também as suas mentes. (ANDRADE, 2015)

As novas estratégias penais se caracterizam cada vez mais como dispositivos de gestão de risco e de repressão preventiva das populações consideradas portadoras desse risco. Não se trata de aprisionar criminosos perigosos individuais, isto é, de neutralizar fatores de risco individual, mas sim de gerir, ao nível de populações inteiras, uma carga de risco que não pode (e, de resto, não se está interessado em) reduzir. A racionalidade que estamos descrevendo não é disciplinar, e sim *atuarial* (GIORGI, 2006, p. 97).

Nesse novo modelo de justiça penal, pensado e repensado, adotado desde a revolução burguesa, é o poder judiciário o elemento chave para iniciar e alimentar o processo de estigmatização dos "inimigos" do sistema capitalista,

¹ "Neste contexto, entende-se por sistema penal a totalidade das instituições que operacionalizam o controle penal (Parlamento, Polícia, Ministério Público, Justiça, prisão, entre outros), a totalidade das normas (Constituição, lei penal, processual penal e de execução penal, tratados e convenções internacionais etc.), dos saberes e categorias cognitivas (dogmáticas penal, processual penal, criminologia, medicina legal, políticas criminais) que programam e legitimam ideologicamente a sua atuação e os seus vínculos com a mecânica de controle social global (família, escola, universidade, mídia, mercado de trabalho, instituições financeiras, corporações etc.), na construção e reprodução da cultura e do senso comum punitivos que se enraízam, muito fortalecidamente, dentro de cada um de nós, na forma de microsistemas penais (ANDRADE, 2012, p. 261)."

os estranhos ao modo de produção, pois é a partir das sentenças de condenação proferida pelos juízes, que teremos o início de todo o processo de etiquetamento desses indivíduos, em que haverá a criminalização do indivíduo não pela conduta em si, mas principalmente por seu pertencimento a um grupo social. Em virtude disso será atribuído a este agente transgressor, selecionado pela justiça penal, um estigma que estará contaminado de características que depreciam não apenas o detentor daquela "marca", mas todos os pertencentes ao seu círculo social. Esses indivíduos, etiquetados pelo sistema, entram em um círculo vicioso do qual muito raramente conseguirão sair, sofrendo de forma reiterada e por repetidas vezes a violência do Estado Penal².

Dessa forma, é preciso que a sociedade questione esse modelo de Justiça Penal, que reduz seu campo de atuação para um determinado setor da sociedade (os mais pobres) e concede salvo conduto para outros setores da comunidade (as classes sociais mais abastadas); será preciso que a maior parte da população se liberte desse processo de alienação³ promovido pela grande mídia, que fez com que o próprio público pertencente às classes marginalizadas não se enxergue como tal, reverberando e apoiando as políticas de controle social promovidas contra ele mesmo, como indivíduos pertencentes às periferias pobres (BATISTA, 2018).

A grande mídia tem sido um obstáculo a uma discussão aprofundada sobre a questão criminal. É ela que produz um senso comum que nós chamamos de *populismo criminológico*. Zaffaroni analisou como o declínio do público e ascensão do privado fizeram com que restasse ao Estado o poder de polícia. Se a política não tem como reduzir a violência que o modelo econômico produz, ela precisa mais do que de um discurso, precisa de um espetáculo. E é nessa policização da política que a vítima (preferencialmente a rica e branca) vai para o centro do palco, é ela que vai produzir as identificações necessárias para a inculcação de uma subjetividade punitiva (BATISTA, 2018, p. 100).

² "A penalidade neoliberal apresenta o seguinte paradoxo: pretende remediar com um "mais Estado" policial e penitenciário o "menos Estado" econômico e social que é a *própria causa* da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países, tanto do Primeiro como do Segundo Mundo (WACQUANT, 2001, p. 7)."

³ "A alienação é o fenômeno pelo qual os homens criam ou produzem alguma coisa, dão independência a essa criatura como se ela existisse por si mesma e em si mesma, deixam-se governar por ela como se ela tivesse poder em si e por si mesma, não se reconhecem na obra que criaram, fazendo-a um ser-outro, separado dos homens, superior a eles e com poder sobre eles (CHAUI, 2002, p. 170)."

Assim, diante de todos os problemas aqui apresentados, debruçamo-nos sobre a função dissimulada da Justiça Penal, que serve aos interesses do sistema capitalista, sem a mínima preocupação com as reais causas que dão origem ao processo de criminalização. Seu objetivo principal é o de selecionar, criminalizar e encarcerar os pobres de forma preventiva e genocida, para que assim os grupos dominantes continuem a subjugar e alienar os demais. É neste cenário conturbado e caótico que estudiosos, em sua maioria oriundos da criminologia, por meio de suas pesquisas, passaram a debater e discutir os moldes de Justiça Penal que vigoram até nossos dias. Entre esses há os que impulsionam o fim do modelo atual e os que defendem os projetos de expansão do Direito Penal. Essa discussão proporcionou o surgimento das principais correntes do Direito Penal, de que passaremos a tratar no capítulo seguinte.

3. CORRENTES DO DIREITO PENAL

3.1. ABOLICIONISMO PENAL

Para que possamos iniciar um debate a respeito de abolicionismo penal, é preciso destacar que, quando nos referimos a essa terminologia, estamos nos remetendo não à extinção de alguns tipos de penas, mas ao próprio modelo de controle social executado nos padrões atuais, utilizado na quase totalidade dos países capitalistas, o qual promove a seleção, a criminalização e o genocídio da população mais pobre, aquela que não foi absorvida pelo mercado. É paradoxal, pois, enquadrar o abolicionismo penal como sendo uma das correntes do Direito Penal, vez que tal movimento luta pela extinção do sistema penal, buscando desqualificar o discurso da justiça penal e mostrar que esse modelo de direito, acarreta para a sociedade inúmeros prejuízos, não servindo ao propósito oficial apregoado, ou seja, buscar a redução dos índices de criminalidade. Muito pelo contrário, o sistema penal age de forma velada no intuito de manter o sistema capitalista estável, encarcerando o excedente de indivíduos não aproveitados pelo sistema, da população mais pobre, e "fabricando" cada vez mais "criminosos" com seus critérios seletivos e excludentes.

Esses movimentos que lutam pela abolição do sistema penal, assim como outras correntes, passaram a ganhar mais força e visibilidade a partir de algumas transformações que vinham ocorrendo nos países centrais. Tais alterações mudaram a dinâmica do mercado e também culminaram em eventos catastróficos, do ponto de vista da condição humana, para a sociedade. Foi pós Segunda Guerra Mundial, com a criação da Organização das Nações Unidas - ONU, que foi editada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a partir de cujos postulados, no que diz respeito à dignidade da pessoa humana, diversas bandeiras de luta se levantaram para apontar as práticas arbitrárias e abusivas desse modelo de Justiça Penal, que passou a ser visto como perpetrador de violações aos Direitos do Homem (ANDRADE, 2012).

O sistema penal é, portanto, estruturalmente incapaz de cumprir as funções que legitimam sua existência: proteger bens jurídicos, combater e prevenir a criminalidade por meio das funções da pena (intimidar potenciais criminosos, castigar e ressocializar os condenados), promover segurança jurídica aos acusados e defesa social. E não pode cumpri-las por que sua

função real não é o "combate", mas, inversamente, a "construção" (seletiva) da criminalidade (a criminalização); e a função real da prisão não é a "ressocialização", mas, inversamente, a "construção" dos criminosos (*labelling approach*), a "fabricação dos criminosos" (Foucault) (ANDRADE, 2012, p. 280);

É preciso destacar que os movimentos abolicionistas defendiam o fim do sistema penal nos moldes atuais. Eles não pregavam a ausência de um controle social, mas que este controle se processasse de uma forma distinta da atual, racionalizando e evitando as violências do sistema penal, passando a vislumbrar outras possibilidades de resolução de conflitos as quais adotem posturas menos adversárias.

Dentre as mudanças mais urgentes, a extinção do sistema carcerário seria o primeiro e mais importante passo para iniciar uma nova abordagem de controle social, pois, a partir do momento em que a violência do cárcere desaparecesse ou fosse mitigada ao máximo possível, seria verificado que a maior parte das condutas tipificadas nas legislações penais poderia ter solução, começando por uma lógica baseada no diálogo, através de mediações e de conciliações. Com tais práticas, haveria um sistema tendente a um maior nível de cidadania, no qual seria possível observar uma considerável redução dos preconceitos, o que resultaria, portanto, na redução do processo de estigmatização que a sociedade, inconsciente ou conscientemente, acaba tatuando na "identidade" social do indivíduo transgressor e também de seus familiares. Isso, por si só, operaria reduções significativas nos níveis de ações caracterizadas como delituosas.

A grande problemática que impossibilita a implementação da abolição do Sistema Penal nos moldes atuais, é que, para que isso venha a ocorrer, seriam necessárias mudanças estruturais nos padrões do sistema econômico capitalista, que vigora na quase totalidade do mundo. É justamente por esse motivo, que entrever uma mudança ideológica dessa magnitude, faz com que a causa abolicionista se torne um objetivo utópico (ANDRADE, 2012).

O sistema capitalista massificou e disseminou uma ideia de prosperidade com base no sucesso financeiro que cada indivíduo consegue atingir. Incutiu um padrão de consumo predatório em cada cidadão, fazendo com que se crie uma condição de normalidade nesse processo exploratório,

promovendo uma competição exacerbada, legitimando essa perseguição aos que ameaçam o sistema, aos insubordinados (ZAFFARONI, 1991).

Si queremos progresar en el campo de las alternativas tenemos que abandonar la organización social y la organización cultural del sistema penal. El sistema penal está orientado hacia el autor, basado en la atribución de culpa y en la visión del mundo del "juicio final". Por ello, no nos proporciona una información y un contexto en el cual las situaciones problemáticas puedan ser definidas y abordadas en una forma emancipatoria (HULSMAN, 1993, p. 104).

Assim, para tornar possível a superação desse modelo de sistema penal atual, cada membro da comunidade deveria assumir consigo mesmo o compromisso de reformular seu modo de agir, deixando de lado uma cultura de ódio, passando a atuar de uma forma mais cidadã, mais solidária, não se comportando como se estivesse em uma competição, em que, para ganhar, os demais necessariamente devem perder. É indispensável uma mudança de postura global, que resultaria também, por conseguinte, em formas de governo com posturas mais progressistas, com políticas direcionadas não para criminalizar e encarcerar os pobres, mas para propiciar a essa população meios que disponibilizem, equitativamente, mais justiça social na distribuição de riqueza e de renda.

Por esse prisma, a partir do momento em que uma sociedade atingisse tal nível de cidadania e solidariedade, inevitavelmente experimentaríamos uma considerável redução nos índices de criminalidade. Também haveria a necessidade de se reformularem as leis penais, promovendo uma despenalização de uma infinidade de condutas, introduzindo concomitantemente mecanismos de resolução de conflitos que buscassem atacar as reais causas do fenômeno da criminalidade (ANDRADE, 2012).

A estratégia da despenalização significa, também, a substituição das sanções penais por formas de controle legal não estigmatizantes (sanções administrativas, ou civis) e, mais ainda, o encaminhamento de processos alternativos de *socialização* do controle do desvio e de *privatização* dos conflitos, nas hipóteses em que isso seja possível e oportuno. Mas a estratégia da despenalização significa, sobretudo, como se verá mais adiante, a abertura de maior espaço de aceitação social do desvio (BARATTA, 2018, p. 202 e 203).

Assim, uma redução a níveis aceitáveis de criminalidade só seria possível quando ocorresse essa mudança conjuntural nas políticas de distribuição de renda, de investimento maciço em educação para todos os estratos sociais, acabando com a ideologia do consumo desenfreado, que propicia uma conduta de etiquetamento dos indivíduos, a partir de sua pertença a uma classe social. Só assim eliminaríamos os preconceitos e todos os processos de segregação de indivíduos que, em algum momento de suas vidas, "ameaçaram" o sistema e foram alçados à condição de inimigos da sociedade. É em virtude dessa premência de uma grande conjugação de fatores, para que ocorra uma mudança macroestrutural (sistema econômico, sistema penal e sociedade), que muitos intelectuais atribuem à proposta abolicionista um caráter fantasioso, impossível de ser atingido, utópico (ANDRADE, 2012).

3.2. DIREITO PENAL MÍNIMO OU MINIMALISMO PENAL

A corrente minimalista, assim como outros movimentos que pregam a contração ou o fim da justiça penal, ganha força a partir dos postulados sobre Direitos Humanos, editados a partir de tratados e convenções acordados pós Segunda Guerra Mundial. A principal fundamentação do Direito penal de intervenção mínima recai sobre o fato de ser o Estado, por meio de seu sistema penal extremamente punitivo e seletivo, o maior de todos os perpetradores de violações às condições de humanidade dentro do corpo social, sendo o sistema carcerário um mal desnecessário, pois gera apenas prejuízos para a coletividade, criando e reproduzindo a figura do delinquente.

Os direitos humanos são assim, a base que fundamenta toda a teoria a respeito de uma mínima intervenção do Estado, buscando uma reformulação no paradigma que estabelece o monopólio na produção legislativa do poder punitivo, além da execução desse poder, nas mãos do Estado. Para os minimalistas, o movimento de contração da justiça penal deveria começar de um movimento de despenalização das figuras delitivas que ofendem única e exclusivamente ao patrimônio, não permitindo uma banalização do direito penal, que se encarregaria de pouquíssimas condutas tipificadas como crime (BARATTA, 1987).

Dessa forma, a corrente intitulada como Minimalismo Penal ou Direito Penal Mínimo, identifica-se em boa medida com a corrente do garantismo penal, que tem suas bases jurídicas alicerçadas, necessariamente, sobre os princípios da reserva legal e da estrita legalidade. Os defensores do minimalismo apontam para um direito penal que deve reduzir seu campo de atuação ao máximo possível, sua jurisdição sobre os fenômenos sociais, devendo-se encarregar de proteger apenas alguns bens jurídicos, que, caso venham a ser violados, prejudicariam sobremaneira a harmonia de toda a coletividade (ANDRADE, 2012).

Substituir, em parte, o direito punitivo pelo direito repositivo, outorgar à vítima e, mais em geral, a ambas as partes dos conflitos individuais maiores prerrogativas, de maneira que possam estar em condições de restabelecer o contado perturbado pelo delito, assegurar em maior medida os direitos de indenização das vítimas são algumas das mais importantes indicações para a realização de um direito penal da mínima intervenção e para lograr diminuir os custos sociais da pena. (BARATTA, 1987, p. 13)

Os defensores da corrente minimalista buscam sempre enfatizar o caráter subsidiário do Direito Penal, amparando-se, inclusive, na tese de que só assim teríamos uma maior efetividade no combate à redução dos índices de criminalidade, por meio de um reduzido número de sanções penais. Para que pudessemos de fato pôr em prática o caráter subsidiário do direito penal, seria necessário apresentarmos alternativas de outros ramos de conhecimento jurídico e não-jurídico para a solução dos conflitos sociais. Isso permitiria que as partes (vítima e infrator) envolvidas no conflito, pudessem assumir um maior protagonismo da situação-problema, possibilitando a construção de soluções que reduzissem os prejuízos ocasionados pela violência do controle penal.

A concepção minimalista busca desmistificar o discurso formal do Direito Penal acerca do controle da criminalidade por meio da aplicação das penas, enaltecendo a importância dos direitos fundamentais do homem como premissa básica de limites à imposição de aflições desnecessárias. Defender que o emprego de uma sanção só deve se proceder quando não existirem alternativas outras, sejam jurídicas ou não-jurídicas, para reparar o dano causado pela prática delituosa. Além do mais, para ser imposta uma pena, não

poderiam restar dúvidas sobre autoria e a própria materialidade do delito, prevalecendo sempre, quando incerto o autor ou a indefinição do delito, o princípio de presunção da inocência. Nos casos em que haja dúvidas sobre a prática da conduta delituosa, é preferível inocentar o provável autor da suposta ação delitiva, a condenar um possível inocente (BARATTA, 2018).

A este criterio son referibles instituciones como la presunción de inocencia del imputado hasta la sentencia definitiva, la carga de la prueba a cargo de la acusación, el principio *in dubio pro reo*, la absolución em caso de incertidumbre sobre la verdad fáctica y, por outro lado, la analogía *in bonam partem*, la interpretación restrictiva de los supuestos típicos penales y la extensiva de las circunstancias eximentes o atenuantes en caso de dudas sobre la verdad jurídica. En todos estos casos tenemos, ciertamente, discrecionalidad. Pero se trata de una discrecionalidad dirigida no a extender, sino a excluir o reducir la intervención penal en cuanto no motivada por argumentos cognoscitivos seguros (FERRAJOLI, 1998, p. 105).

Dessa forma, quando o Estado-juiz se vê diante de uma situação em que não dispõe de certeza sobre os fatos apresentados, deverá fazer prevalecer o princípio *in dubio pro reo*, priorizando os direitos humanos do acusado, quando confrontados com o poder de punir do Estado, que abdicará do seu direito de sancionar em virtude da incerteza. Ao Poder Público não deveria ser permitido o direito de ampliar sua pretensão punitiva por meio de entendimento alargado a respeito da legislação penal, com o intuito de expandir, por meio de analogias, sua possibilidade de aplicação de sanções.

Nessas condições, é preciso estabelecer limites legais para o poder punitivo do Estado. Não sendo possível estabelecer parâmetros para a elaboração das leis e da discricionariedade dos julgadores, o sistema penal perde sua legitimidade por não apresentar justificativa para os abusos cometidos na aplicação de suas sanções. Pode vir a penalizar um inocente por conta da inexatidão da autoria e materialidade da conduta delituosa, quer seja proveniente da atuação seletiva das forças policiais ou da falta de qualificação profissional na apuração dos fatos na fase pré-processual (inquérito), quer seja na fase processual propriamente dita, a partir de uma análise deturpada da situação, ou até mesmo de inclinações políticas do órgão julgador (FERRAJOLI, 1998).

3.3. GARANTISMO PENAL

O termo garantismo penal tem sua origem na Itália da década de 1970, em que, assim como em outros países do continente europeu, ainda conviviam com uma série de práticas políticas abusivas e autoritárias, que negavam direitos fundamentais para a população. Essas ações eram resquícios de um longo período (1922 a 1943) que a Itália passou sob um regime político totalitário, o Fascismo, tendo como líder Benito Mussolini, que sofria forte influência do Nazismo alemão de Adolf Hitler. Tais mentores estabeleceram sua política por meio de discursos de ódio aos que eram diferentes, ao mesmo tempo em que enalteciam o nacionalismo.

O garantismo penal, a despeito do lapso de tempo em relação à Revolução Francesa (quase dois séculos de diferença), tem sua origem embasada nos mesmos ideais utilizados pelos pensadores iluministas do século XVIII, ou seja, o de frear os excessos punitivos do Estado, estabelecendo limites para as ações do poder público e o de criar garantias necessárias para o cidadão não ficar à mercê das práticas arbitrárias do Poder Judiciário. Os garantistas criticavam os excessos cometidos pelos agentes públicos em nome do Estado. Eram abusos decorrentes não só dos vícios herdados do antigo regime totalitário vivenciado, como também dos exemplos de política penal importados dos movimentos de expansão do direito penal, que vinham-se espalhando por todo mundo a partir do exemplo dos Estados Unidos da América (EUA).

Dentre os autores que trabalharam e produziram os princípios do garantismo penal, temos o italiano Luigi Ferrajoli, maior expoente da corrente, com a obra ***Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale, de 1990***. Entre os princípios defendidos pelo autor, estão: o da reserva legal, do contraditório, da paridade de "armas" durante o processo, da desvinculação da figura do julgador com o acusador, da presunção de inocência, do ônus da prova para aquele que acusa, além do juiz natural.

O garantismo penal, a partir dessa base principiológica, acaba-se aproximando muito da corrente do minimalismo penal, pois defende a necessidade de se adotar uma postura na qual o direito penal assuma a condição de última opção para a resolução de um conflito social, em virtude da violência que este ramo do ordenamento jurídico exerce sobre o indivíduo

supostamente delinquente. Segundo Ferrajoli, a justiça penal deveria declarar sua competência apenas nos casos mais danosos para o corpo social. Só assim sua intervenção no cotidiano da sociedade seria mínima, evitando os custos que esta ingerência estatal implica do ponto de vista financeiro, assim como também o dano efetivo ao corpo social, este imensurável (FERRAJOLI, 2013).

O garantismo de fato nasceu, na cultura jurídica italiana de esquerda da segunda metade dos anos setenta, sobre o terreno do direito penal, como réplica à legislação e à jurisdição de emergência que naqueles anos reduziram o já frágil sistema de garantias do devido processo. Ele se vincula, por isso, à tradição clássica do pensamento penal liberal e expressa a instância, justamente, do iluminismo jurídico, da minimização daquele "terrível poder", como o chamou Montesquieu, que é o poder punitivo, por meio de sua rígida sujeição à lei. Essa instância veio se identificando, portanto, com o projeto de um "direito penal mínimo": quer dizer de um direito penal capaz de vincular a intervenção punitiva - na previsão legal dos crimes, bem como no accertamento judiciário - a limites rígidos impostos para a tutela dos direitos das pessoas. No que se refere ao *crime*, esses limites outra coisa não são do que as *garantias penais substanciais*: do princípio de legalidade estrita ou da taxatividade dos fatos puníveis àqueles da sua ofensividade, materialidade e culpabilidade. No que se referem ao *processo*, eles correspondem às *garantias processuais* e do *ordenamento*: o contraditório, a paridade entre acusação e defesa, a separação entre juiz e acusação, a presunção de inocência, o ônus acusatório da prova, a oralidade e publicidade do juízo, a independência interna e externa da magistratura e o princípio do juiz natural (FERRAJOLI, 2013, p. 15 - 16)

Para uma melhor análise do que foi o Garantismo e por questões didáticas, elucidaremos alguns princípios apresentados por Ferrajoli em sua obra, buscando ilustrar a interferência que cada um desses fundamentos exercerá na vida dos membros pertencentes a Estados democráticos que tenham, pelo menos formalmente, seus sistemas penais pautados no garantismo penal.

i. Princípio da reserva legal (Nullum crimen sine lege) - quando Luigi Ferrajoli fala sobre a ofensividade, materialidade e culpabilidade das ações que merecem a proteção do Direito Penal, está a tratar dos limites do Estado no seu direito de punir alguém, só permitindo a aplicação de uma pena para uma prática delituosa que de fato ofenda um importante bem jurídico. Também é

necessário que tal prática tenha-se dado por ação ou omissão, dotada de consciência e vontades deliberadas no sentido de transgredir uma norma penal que já existia antes da ação. Tal norma deve ser clara e precisa quanto à conduta que carece de ser combatida, não permitindo interpretações alargadas da lei, no intuito de criar ou expandir o texto normativo (GRECO 2014).

O princípio da reserva legal não impõe somente a existência de lei anterior ao fato cometido pelo agente, definindo as infrações penais. Obriga, ainda, que no preceito primário do tipo penal incriminador haja uma *definição precisa da conduta* proibida ou imposta, sendo vedada, portanto, com base em tal princípio, a criação de tipos que contenham *conceitos vagos ou imprecisos*. A lei deve ser, por isso, *taxativa* (GRECO, 2014, p. 101).

Dessa forma, a partir de uma ideologia garantista, não pode o julgador sentenciar alguém, se não existirem as condições nucleares do tipo penal incriminador, podendo comprometer toda a legitimidade do ordenamento jurídico, em virtude de ações arbitrárias e autoritárias.

ii. Princípio do Contraditório (audiatur et altera pars) - fundamenta-se na ideia de que o processo penal, a partir das vedações à violação dos direitos humanos, deve proporcionar a ambas as partes (acusação e defesa), envolvidas no conflito social, a possibilidade de apresentarem suas versões dos fatos, e também as provas colhidas durante o processo, buscando o convencimento do órgão julgador. Assim sendo, o magistrado ou o colegiado, com base nos elementos trazidos ao processo, terá condições de chegar a uma conclusão sobre a questão (LOPES JR, 2016).

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre o juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas) (LOPES JR, 2016, p. 97).

O contraditório, mais do que ação ritualizada do processo, deve ser encarado como mecanismo de suma importância para a garantia dos direitos do acusado, pois será a partir do contraditório que o acusado poderá expor sua versão dos fatos, com o intuito de garantir sua liberdade.

iii. Princípio da paridade entre acusação e defesa (*nulla probatio sine defensione*) - a paridade aludida aqui não diz respeito à igualdade formal entre aquele que acusa (pólo ativo) e aquele que se defende (pólo passivo), pois, de um dos lados da relação processual temos o Estado, com todo seu aparato punitivo, buscando a condenação do acusado, enquanto do outro lado, está o réu, lutando por sua liberdade, direito fundamental protegido por lei. Assim, no processo penal, é preciso que sejam ofertados certos recursos para aquele que ocupa o pólo passivo da relação processual, no intuito de "equilibrar a balança" processual, visto que as consequências dessa disputa poderão ser extremamente danosas para o acusado (BONFIM, 2008).

Com efeito, no âmbito do processo penal, no mais das vezes o litígio contraporá o particular a um órgão do Estado. As partes litigantes, portanto, serão essencialmente diferentes. Além disso, no litígio penal estará em jogo a liberdade individual do acusado, direito fundamental, o que justifica que o princípio da igualdade, no processo penal, seja mitigado de forma a favorecer, em algumas situações, a posição do acusado (BONFIM, 2008, p. 50).

Nesse princípio, a paridade buscada não é a no sentido literal, porquanto estamos diante de uma situação extremamente desigual. Na relação processual penal, o réu deixará de ser o algoz, passando a figurar como vítima do poderio do Estado para incriminá-lo, necessitando o acusado de elementos que o "favoreçam", para que assim tenhamos equilíbrio na balança da relação processual.

iv. Princípio da separação entre juiz e acusação (*nullum iudicium sine accusatione*) - o referido princípio trata na verdade das mudanças pelas quais a justiça penal passou ao longo da história, isto é, as transformações realizadas dentro da estrutura do Estado, que começou a exercer o monopólio do poder de sanção contra aqueles que ofendessem seus ordenamentos jurídicos. A partir de então, foi possível verificar uma mudança em toda a estrutura da justiça penal, que desvincula a figura do julgador daquele que acusa, abandonando, paulatinamente, um sistema processual penal inquisitório.

A mudança de postura da justiça penal foi de fundamental importância para dar maior legitimidade ao poder judiciário, pois o juízo construiu sua convicção com base nas versões do acusador, mas também considerou a versão do que se defende, dando origem à figura de um julgador apartado do processo, que age de forma imparcial (FERRAJOLI, 1998).

La garantía de la separación, así entendida, representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad (*terzietà*) del juez respecto a las partes de la causa, que, como se verá, es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura del juez; por otra, un presupuesto de la *carga de la imputación y la prueba*, que pesan sobre la acusación, que son las primeras garantías procesales del juicio (FERRAJOLI, 1998, p.567).

Essa separação foi pensada para atribuir imparcialidade ao órgão julgador, conferindo, dessa forma, maior credibilidade para o judiciário. O juízo passa a figurar na relação processual como um terceiro, neutro ao caso em discussão.

v. Princípio da presunção de inocência (*in dubio pro reo*) - este princípio é de fundamental importância para a manutenção de uma sociedade que vive sob a tutela de um Estado democrático de Direito. É, pois, por meio dele que teremos asseguradas as condições mínimas de tratamento digno por parte da justiça penal e na esfera processual. Estabelece até onde pode ir o poder público na persecução penal, sem desrespeitar a dignidade do acusado, preservando o direito à liberdade de qualquer pessoa que venha a ocupar o pólo passivo da situação conflituosa, além de salvaguardar a sua condição de inocência, mantendo assegurado seu direito de ir e vir (FERRAJOLI, 1998).

En consecuencia - si es verdad que los derechos de los ciudadanos están amenazados no sólo por los delitos sino también por las penas arbitrarias - la presunción de inocencia no es sólo una garantía de *libertad* y de *verdad*, sino también una garantía de *seguridad* o si se quiere de *defensa social*: de esa <<seguridad>> específica ofrecida por el estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; e esa específica <<defensa>> que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo. Por eso, el miedo que la justicia inspira a los ciudadanos es el signo inconfundible de la pérdida de legitimidad política de la jurisdicción y a la vez de su involución irracional e autoritaria. Cada vez que un imputado

inocente tiene razón para temer a un juez, quiere decir que éste se halla fuera de la lógica del estado de derecho: el miedo, y también la sola desconfianza y la jurisdicción penal y la ruptura de los valores políticos que la legitiman (FERRAJOLI, 1998, p. 549 - 550).

A inocência de qualquer indivíduo pertencente à coletividade deve ser preservada como condição *sine qua non* para a manutenção do Estado democrático de direito, vez que é o principal freio para barrar o uso da violência do Poder Público tanto na persecução penal, como na possibilidade de sancionar alguém.

vi. Princípio do ônus acusatório da prova (*nulla acusatio sine probatio*) - este princípio está associado ao papel exercido por aquele que realiza a acusação, o órgão que desempenhará a função de acusar. Esta pretensão acusatória, no direito penal, também se concentra nas mãos do Estado, que deverá trazer para o processo elementos probatórios suficientes para o convencimento do órgão julgador sobre a autoria e materialidade do delito e, quando não convencido da existência ou realização do fato, deve optar por inocentar o acusado com base no princípio da presunção de inocência (LOPES JR, 2016).

En el conflicto, por otra parte, el primer movimiento incumbe a la acusación. Al estar la inocencia asistida por el postulado de su presunción hasta prueba en contrario, esta prueba contraria debe aportala quien niega aquélla formulando la acusación. De aquí el corolario de la *carga acusatoria de la prueba* expresado por nuestro axioma A9 *nulla acusatio sine probatione* (FERRAJOLI, 1998, p. 610 - 611).

Este princípio está intimamente ligado ao anterior, a presunção de inocência, pois atribui àquele que acusa a tarefa de provar sua tese incriminatória, não permitindo acusações sem provas, com base apenas em suposições ou convicções. A denúncia deve apresentar elementos capazes de indicar claramente a conduta delituosa, assim como elementos que comprovem a autoria do delito, sem que reste qualquer dúvida a respeito do fato.

vii. Princípio da oralidade e publicidade do juízo - os princípios da oralidade e publicidade surgem no Estado moderno para evitar ações arbitrárias, antes praticadas pelo sistema processual penal inquisitório, no qual

a apuração das infrações se dava de forma sigilosa, sem que o acusado tivesse conhecimento e, por consequência, pudesse se defender das acusações. Neste modelo o juiz colhia suas provas, acusava e julgava com base nas provas produzidas por ele mesmo. Tais métodos não se coadunam com as novas funções do Estado moderno, que se pauta na proteção dos direitos fundamentais de cada indivíduo.

Por essa razão todo ato realizado pelo Poder Judiciário deve ser publicizado, não apenas dar transparência ao processo, como para oportunizar tanto à acusação, quanto à defesa, o direito de se pronunciarem sobre o caso e dessa forma exercerem seus respectivos direitos, seja para acusar ou para se defender, proporcionando ao magistrado condições para que ele profira sua decisão de forma imparcial (FERRAJOLI, 1998).

Traduz o dever do Estado de atribuir transparência aos atos que praticar, bem como fornecer todas as informações que lhe forem solicitadas. Tal princípio reforça as garantias da independência, imparcialidade e responsabilidade do juiz (AVENA, 2009, p. 19).

A oralidade nas solenidades de julgamento no Direito Penal permite imprimir maior celeridade aos atos processuais, acarretando, assim, uma redução no tempo de angústia a que estarão submetidas as partes que compõem a disputa processual.

viii. Princípio da independência interna e externa da magistratura - a partir do momento em que o Estado passou a figurar como principal garantidor dos direitos dos cidadãos, foi preciso atribuir à carreira da magistratura uma série de prerrogativas, no intuito de conferir independência aos juízes, de modo que suas ações ficassem, de certa forma, blindadas de interferências de outros poderes que compõem o Estado. De igual modo ficam livres das interferências do poder econômico ou de qualquer outro tipo de intromissão em sua atuação jurisdicional, salvaguardando os direitos fundamentais de cada indivíduo pertencente a sociedade (FERRAJOLI, 1998).

Por otro lado, se el juicio ha de estar dirigido a impedir arbitrariedades y abusos potestativos sobre las libertades individuales por parte de los poderes de gobierno, la independencia de los jueces es garantía de una justicia no subordinada a las razones de estado o a intereses políticos

contingentes. Los fundamentos externos o políticos de la independencia son en definitiva los mismos - verdad y libertad - que legitiman la jurisdicción (FERRAJOLI, 1998, p. 584).

Foi a partir da fundamentação desse princípio que os juízes começaram a gozar de direitos e garantias exclusivos da função de magistrado: vitaliciedade - uma garantia funcional que diz respeito à possibilidade de perda do cargo pelo magistrado, o que após o período probatório, só será possível por meio de sentença judicial transitada em julgado; inamovibilidade - garantia funcional em que o magistrado só poderá ser transferido do seu local de trabalho com seu consentimento; irredutibilidade de vencimentos – garantia funcional que não permite redução de salário, assegurando o livre exercício de suas funções.

ix. Princípio do juiz natural (*nulla culpa sine iudicio*) - este princípio está atrelado às regras de competência do órgão julgador, porquanto é a partir do princípio do juiz natural que teremos a proibição ao juízo ou tribunal de exceção, criados especialmente para analisar e decidir práticas delituosas, que já tenham sido realizadas. O princípio do juiz natural está intimamente ligado, à condição de imparcialidade do Estado-juiz, uma vez que evita ativismos judiciais com base em convicções políticas (NUCCI, 2007).

A preocupação maior desse princípio é assegurar a imparcialidade do juiz, visto que, num estado Democrático de Direito, é inconcebível que os julgamentos materializem-se de forma parcial, corrupta e dissociada do equilíbrio que as partes esperam da magistratura (NUCCI, 2007, p. 81).

Assim, com base nos princípios apresentados, o Garantismo penal defende a ideia de que haja o respeito a todos os fundamentos primordiais para a manutenção do Estado garantista. É imprescindível elevarem-se os direitos fundamentais como condição absoluta para a criação dos limites de aplicabilidade das penas e o respeito irrestrito a essa condição, evitando a tendência que o próprio Estado tem de promover violações aos direitos da pessoa. Esses abusos, os mais diversos possíveis, ocorrem não só aos direitos de seus nacionais, como também aos que adentram seu território (FERRAJOLI, 1998)

3.4. DIREITO PENAL MÁXIMO OU MAXIMALISMO PENAL

O Direito Penal Máximo é uma corrente que surge em meados dos anos de 1970, a partir das críticas às políticas de governo americano, implementadas na década de 1930 e que aumentaram a participação do Estado no intuito de proporcionar direitos básicos para a população, tais como: direito à saúde, direito à segurança, direito ao lazer, políticas salariais, dentre outros. Essa política buscava promover condições de vida digna para aquelas camadas menos favorecidas da sociedade. Com isso as alas neoliberais da política americana passaram a promover severos ataques aos programas de governo com viés assistencialista, devido a demandarem muitos recursos públicos, onerando o Estado.

As medidas progressistas na luta por melhores condições de sobrevivência tiveram curta duração, devido ao sistema capitalista que não permitiu a atuação do poder público na tentativa de amenizar as desigualdades sociais. O próprio sistema se encarregou de criar suas crises para deslegitimar a interferência estatal, para justificar um retorno às políticas neoliberais com tomadas de decisão mais duras, do ponto de vista penal (KILDUFF, 2010).

A partir desse momento, o Estado, apoiado por setores ligados ao capital e à grande mídia, passou a adotar o discurso da necessidade de se investir maciçamente em segurança. Assim, diminuía os investimentos no campo das políticas sociais e o Estado assumia a condição de ser orientado para o sistema penal. Era essencial acompanhar as mudanças que vinham ocorrendo no mundo, devido ao rápido avanço tecnológico e à globalização, promovendo uma rápida e agressiva expansão do Direito Penal, para combater o avanço da criminalidade de massa e o sentimento de insegurança generalizado (SILVA SANCHES, 2013).

A solução para a insegurança, ademais, não se busca em seu, digamos, "lugar natural" clássico - o direito de polícia - senão no Direito Penal. Assim, pode-se afirmar que, ante os movimentos sociais clássicos de restrição do Direito Penal, aparecem cada vez com maior clareza demandas de uma ampliação da proteção penal que ponha fim, ao menos nominalmente, à angústia derivada da insegurança. Ao questionar-se essa demanda, nem sequer importa que seja preciso modificar as garantias clássicas do Estado de Direito: ao contrário, elas se vêm às vezes tachadas de

excessivamente "rígidas" e se apregoa sua "flexibilização" (SILVA SANCHES, 2013, p. 51).

Para que essa ideia, de um Estado mais punitivo, fosse aceita por todos os *stratus* sociais, sem gerar muitos problemas de implementação dessas medidas para o governo, foi criado todo um arcabouço doutrinário e midiático através de institutos e organizações que gozavam de forte prestígio dentro da sociedade. Um dos centros irradiadores dessas teorias foi o Manhattan Institute, com sede na cidade de Nova Iorque. Aí o psicólogo Charles Murray disseminou a ideia dessa nova etapa do sistema capitalista, que tinha como meta, dissociar o aumento da criminalidade como consequência do desemprego estrutural, da precarização das condições de trabalho, do aumento da pobreza, enfim, da exploração exacerbada do capital. A partir desse movimento que buscou a desvinculação da criminalidade como consequência do empobrecimento da população, o próximo passo do sistema penal foi proteger ainda mais o patrimônio, por meio de uma considerável expansão dos bens tutelados pelo Direito Penal, sancionando de forma severa comportamentos desviantes antes ignorados (KILDUFF, 2010).

Essa etapa que culminou com uma expansão legislativa e interpretativa das condutas que o Estado deveria penalizar, deu-se com base na "teoria das janelas quebradas", idealizada por James Q. Wilson, um dos principais criminólogos conservadores, que defendia a aplicação de severas punições, mesmo quando se tratasse de pequenos delitos, ao menor desvio de conduta (WACQUANT, 1999).

A concepção voltada à penalização mais severa representa a base do Movimento Lei e Ordem, o chamado "Tolerância Zero", que prega a noção de que com o endurecimento do sistema penal a criminalidade é reduzida, defendendo, ainda, que os crimes mais graves têm início nos pequenos distúrbios cotidianos, assim, a pequena delinquência também deve ser combatida de forma severa (ROESSING, 2011, p. 43).

A real finalidade dessa teoria, porém, seria a de desviar as atenções da população para os crimes contra o patrimônio privado, enquanto os crimes financeiros contra o sistema econômico passavam despercebidos. Dessa forma, criou-se a ilusão da evolução das condutas delitivas que, implementando essa política de lei e ordem, inevitavelmente produziria um

combate efetivo à criminalidade em sua origem, que seriam os pequenos delitos. Assim, a "teoria das janelas quebradas", de forma intencional, foi omissa aos atos delitivos praticados pelos detentores do capital, penalizando quase que exclusivamente o grande contingente de indivíduos que não foi aproveitado pelo mercado, "os indesejáveis", a população subempregada e desempregada. Essas políticas mais punitivas que ficaram conhecidas como "tolerância zero," nada mais são do que mecanismos de criminalização dos mais pobres.

Desse modo, valendo-se de todos esses fatores já elencados, os grandes conglomerados capitalistas passaram a disseminar uma ideia de caos social, apresentando propostas para a solução dos problemas com base nos programas de "tolerância zero", implantado em Nova Iorque pelo prefeito Rudolph Giuliani, a partir de 1975, como capaz não apenas de frear o avanço da criminalidade, mas também de reduzi-la. Dessa forma, com base em informações moldadas nos interesses do mercado, o sistema passou a neutralizar esse imenso contingente de indivíduos que representava uma ameaça para o capital. Desde então, foi executado o maior projeto de encarceramento de pobres, que em sua grande maioria era composta por negros e latinos, do qual os Estados Unidos, maior potência capitalista, é o maior exemplo (WACQUANT, 2001).

O Direito penal deve ser utilizado, de acordo com esse pensamento, como instrumento de opressão e dominação. Postula-se ardorosamente pelo uso intenso do Direito penal, inclusive para infrações de menor relevância. O programa novayorquino coordenado pelo ex-Prefeito Giuliani denominado "tolerância zero" (que nada mais retrata que a criminalização da pobreza, ou seja, varrer *de las calles la brasura*) é uma das últimas versões desse movimento, atrelado a uma ideologia de "direita", conservadora, de origem claramente "burguesa", que orienta seu discurso para a bandeira do movimento da *law and order*, que é difundido (desde a década de setenta do século passado) a partir dos Estados Unidos para o mundo todo (GOMES, 2007, p. 285).

O grande problema do Direito Penal Máximo reside no fato de que, no momento em que deixa de considerar o princípio da extrema necessidade e utilidade, ignora a fragmentariedade e subsidiariedade, sendo aplicado indistintamente, perde gradualmente sua eficácia, sendo banalizado. Acarreta,

por isso, uma sobrecarga ao judiciário com os delitos de menor potencial ofensivo, que poderiam ser solucionados por outros campos do Direito.

Uma outra crítica também direcionada ao Direito Penal Máximo seria sua irracionalidade e falta de limites no momento em que os magistrados, responsáveis pela apuração e aplicação das sanções, teriam “carta branca” para decidir os litígios que chegam ao judiciário, de acordo com suas convicções. Livres para agir como bem entendessem, não levavam em consideração as relações de exploração e desigualdade que “obrigam” as populações mais pobres a se marginalizarem. Dessa forma, esta corrente teórica acaba intensificando o processo de criminalização e estigmatização das classes menos favorecidas da sociedade contemporânea (KILDUFF, 2010).

É neste cenário de alargamento do uso do Direito Penal, como mecanismo capaz de combater o avanço da criminalidade, que se verifica uma nova fase desta evolução, que são as relativizações de garantias constitucionais, de direitos fundamentais, além da negação de direitos basilares para certos indivíduos ou grupos de indivíduos, não pelo que realizarão ou cometerão, mas pelo que representam para o sistema político. É o que chamamos de Direito Penal do inimigo, objeto deste estudo no próximo capítulo (GOMES, 2007).

4. DIREITO PENAL DO INIMIGO

Nas ponderações que iremos fazer no presente capítulo, tentaremos apresentar os elementos que os mais diversos autores trazem para justificar suas teses, seja aqueles que trabalham a partir de uma perspectiva mais voltada para um Estado ainda mais punitivista, os quais defendem um Direito Penal com o objetivo de combater os inimigos, como é possível observar nos autores Jesús-María Silva Sánchez e Günther Jakobs, seja autores que abordam o conteúdo de forma mais crítica, trabalhando suas ideias a partir de denúncias que buscam aclarar as finalidades escusas desse punitivismo irracional, como os professores Manuel Cancio Meliá, Francisco Muñoz Conde e Eugenio Raúl Zaffaroni, dentre outros.

4.1. Abordagem clássica

Nesse tópico, por questões didáticas, iremos apresentar as teses dos dois principais autores que defendem a necessidade de se flexibilizar os princípios garantistas do Direito Penal, no sentido de conferir maior capacidade resolutiva frente às novas formas de criminalidade que surgiram com os avanços tecnológicos, como os crimes contra o sistema financeiro e as organizações criminosas, assim como os atos delituosos classificados como terrorismo.

4.1.1. Jesús-Maria Silva Sánchez

Partindo das premissas do que já foi apontado no capítulo anterior, quando tratamos a respeito do maximalismo penal, a sociedade naquele momento, década de 1970, experimentava mudanças significativas no estilo de vida de seus cidadãos. Levava em conta que o modo de produção capitalista, de forma silenciosa e velada, imprimia padrões de vida extremamente competitivos, em uma coletividade profundamente diversificada. Impunha uma universalização de um padrão de vida mercadológico, que gerava imensas desigualdades sociais e, conseqüentemente, comportamentos voltadas para a satisfação pessoal em que o "outro" significava um risco para seus propósitos, criando um sentimento de insegurança e desconfiança.

Após essa reformulação social, imposta pelo mercado, associada aos avanços tecnológicos proporcionados pelas pesquisas científicas, surge a necessidade de proteger certos bens. A partir desses novos interesses, surgem

também as ofensas a esses bens, novas modalidades de criminalidade que passaram a ofender bens jurídicos que antes não eram tutelados pelo Direito. É em virtude dessa rápida modificação da realidade social e da descoberta de novos bens, que se defende uma nova ampliação do Direito Penal, sancionando os crimes cometidos através das redes de computadores: os que geram lesão ao meio ambiente, os cometidos contra ordem socioeconômica, dentre outras formas complexas de delitos. Essa nova fase evolutiva do Direito Penal buscou combater os riscos potenciais de uma sociedade transformada e pautada pelo medo (SILVA SÁNCHEZ, 2013).

A sociedade pós-industrial é, além da "sociedade de risco" tecnológico, uma sociedade com outras características individualizadoras que contribuem à sua caracterização como uma sociedade de "objetiva" insegurança (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 37).

Para o autor Silva Sanches, as transformações pelas quais vinham operando reprogramações comportamentais na sociedade passaram a exigir do Direito Penal, assim como de qualquer outro campo do conhecimento humano, a necessidade de se adaptar e acompanhar as mutações que ocorreram e que vinham ocorrendo no mundo, gerando com isso uma maior obrigação de proteção dos novos bens jurídicos. Eles passavam a ser tutelados pelo direito, surgindo assim uma necessidade de aprimorar certos mecanismos do Direito Penal, para torná-lo mais eficiente no combate às novas modalidades de delito.

Diante dessas novas exigências do Direito Penal, Silva Sánchez defendeu a flexibilização das garantias penais e processuais penais, justificando que seria esta a única forma efetiva de lutar contra esses indivíduos e grupos de indivíduos que imprimiam medo pelo simples fato de existirem, não pelo que causavam, mas pelo dano que poderiam causar com suas condutas futuras. Assim, no Direito teríamos distintas velocidades, a depender do delito e principalmente do autor da conduta delituosa.

Dessa maneira, em um primeiro momento, teríamos as condutas já prescritas pelos ordenamentos e que traziam consigo uma ameaça de perigo iminente ou lesionavam, de forma individual, um bem jurídico relevante. Nesses casos mantém-se o sujeito infrator sob a tutela do Direito Penal Liberal, apesar

da aplicação das penas mais severas do regramento penal, como a pena de reclusão, que priva o transgressor de sua liberdade por um longo período. Seriam respeitadas aí todas as formalidades e garantias previstas dentro ordenamento jurídico, configurando uma **Primeira Velocidade do Direito Penal**.

A **segunda velocidade do Direito Penal** estaria relacionada às práticas que decorrem dos avanços tecnológicos, realizadas principalmente por entidades corporativas. Aí não seria possível a individualização da conduta, em virtude de figurar como gestores mais de um indivíduo, fato que inviabiliza a imputação da ação delituosa para um único gestor. Essas ações que lesionam ou põem em perigo real, não um bem individual, mas bens supraindividuais, como a economia, o meio ambiente, dentre outros, em virtude da dificuldade de se atribuir a responsabilidade, acabam sendo sancionadas com multas ou penas privativas de direito. Nesses casos seria possível a flexibilização dos princípios norteadores do Direito Penal, relativizando os princípios da legalidade, imputabilidade, presunção de inocência, assim como todos os demais.

Para essas novas modalidades delituosas seria necessário que houvesse uma flexibilização das garantias constitucionais dirigidas à proteção dos direitos fundamentais dos "agentes" infratores, para que eles fossem alcançados pelo poder punitivo do Estado. Essa flexibilização viria no sentido de modernizar a pretensão punitiva do poder público (SILVA SÁNCHEZ, 2013).

Mas, vejamos, à medida que a sanção não seja a de prisão, mas privativa de direitos ou pecuniária, parece que não teria que se exigir tão estrita afetação pessoal. A ausência de penas "corporais" permitiria flexibilizar o modelo de imputação. Contudo, para que atingisse tal nível de razoabilidade, realmente seria importante que a sanção fosse imposta por uma instância judicial penal, de modo que preservasse (na medida do possível) os elementos de estigmatização social e de capacidade simbólico-comunicativa próprios do Direito Penal (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 191).

Seguindo nessa mesma linha de pensamento, relativa à flexibilização dos princípios do Direito Penal, aludida na segunda velocidade, surge uma **Terceira Velocidade do Direito Penal** que relativizaria e flexibilizaria as

garantias e princípios processuais, utilizada para impor maior rigor à pena de prisão aplicada de forma pessoalizada.

Na **Terceira Velocidade**, o agravamento seria legitimado em consequência do grau de periculosidade do agente, em virtude de suas intenções de agir contrário à norma ou até mesmo em função de ações futuras, que ainda não foram cometidas. Nesses casos, a imputação não se dá apenas pela conduta realizada pelo agente, mas pela probabilidade que este tem de oferecer perigo a um bem jurídico que, lesionado, afetará toda a coletividade, configurando assim uma aplicação do Direito Penal do autor (SILVA SÁNCHEZ, 2013).

A transição do "cidadão" ao "inimigo" iria sendo produzida mediante a reincidência, a habitualidade, a delinquência profissional e, finalmente, a integração em organizações delitivas estruturadas. E nessa transição, mais além do significado de cada fato delitivo concreto, se manifestaria uma dimensão fática de periculosidade, a qual teria que ser enfrentada de um modo prontamente eficaz. O Direito do inimigo - poder-se-ia conjecturar - seria, então, sobretudo o Direito das medidas de segurança aplicáveis a imputáveis perigosos (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 195).

Assim, apesar das três velocidades apresentadas pelo professor Jésus-Maria Silva Sánchez, partiríamos de uma distinção do Direito Penal com duas perspectivas: a que respeitaria os direitos fundamentais do cidadão comum e aquela capaz de flexibilizar os princípios referentes à imputação e à culpabilidade, assim como as garantias processuais. Isso posto, fica evidente a aproximação dessa abordagem com a do professor Günther Jakobs, de que trataremos a seguir.

4.1.2. Günther Jakobs

Na vanguarda do tema, o professor Günther Jakobs, catedrático da disciplina de Direito Penal, da universidade de Bonn na Alemanha, já alertava sobre a necessidade de a sociedade aplicar o Direito Penal de forma distinta para aquele que violasse a norma, em um Congresso realizado em Berlim, no ano de 1999, que tinha como tema: "Os desafios da ciência do Direito Penal frente ao futuro".

O autor admite a possibilidade de convivência de dois sistemas jurídicos penais: o voltado para aquele indivíduo infrator que comete um delito de forma isolada, cuja conduta irá prejudicar um bem pontual, não afetando a ordem pública; e o direcionado àquele indivíduo ou agrupamento de indivíduos que se associam com o objetivo de provocarem o desmantelamento da ordem vigente, cujas ações infligirão prejuízos para toda a coletividade. Em relação a estes últimos, o Estado teria autorização para se antecipar à prática delituosa e neutralizar o(s) indivíduo(s) perigoso(s).

Portanto, o Direito Penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade (JAKOBS; MELIÁ, 2018, p. 36).

Nessa perspectiva, o tratamento humanizado que o Estado é obrigado a prestar aos acusados em processos criminais e apenados do sistema carcerário, se dá em virtude de sua função de protetor dos Direitos Fundamentais. Porém, para Jakobs, este dever de tratamento do Estado não deve ser entendido na forma literal da expressão. Ele só pode ser cobrado para aqueles indivíduos que, mesmo tendo cometido algum delito, não ameacem a segurança da comunidade em que vivem; só para aqueles indivíduos que, embora tenham cometido alguma ação delitiva, não tenham comprometido nem ameaçado a ordem social da que também são parte.

Os ilícitos classificados como danosos para a manutenção da coletividade, são crimes de natureza sexual, tráfico de drogas, crime organizado e principalmente o terrorismo. Para esses delitos o Estado deve abandonar a postura de um direito penal limitado pelos direitos fundamentais, voltado para o cidadão comum e assumir uma postura de direito penal de guerra, de luta, de combate, encarando esses indivíduos como inimigos da comunidade.

Portanto, para esses indivíduos que, com suas condutas, desrespeitam as bases principiológicas dos Direitos Humanos, o Estado, por meio do Direito Penal, estaria autorizado a interpretar tais atos delitivos como atos de guerra, o que resultaria em uma autoexclusão do ordenamento jurídico, para aquele que

o praticasse. A esses sujeitos seria negado qualquer tipo de limitação na persecução penal, assim como na aplicação da pena, podendo inclusive o Estado agir com o intuito de antecipar sua punibilidade, em razão de futuras práticas delitivas e imputar responsabilidades penais em função da periculosidade dos possíveis autores destas ações; relativizar as garantias processuais e, por fim, aumentar de forma desproporcional as penas atribuídas para esses delitos (JAKOBS; MELIÁ, 2018).

Cuidar das bases da presunção de uma conduta futura de acordo com a Lei é um dever positivo elementar de todos os cidadãos, pois somente quando esta presunção se mantém fundamentalmente é que se torna possível um tratado tanto livre, como sem medo mútuo entre os cidadãos. Assim, a personalidade real, que rege a orientação, não é gerada pelo simples fato de ser postulada, mas sim, ao contrário, devem ocorrer também determinadas condições. Por isso, a proposição "no Direito, todo ser humano tem o direito de ser tratado como pessoa" é incompleta... a formulação correta da proposição é a seguinte: "todo aquele que é fiel ao ordenamento jurídico com certa confiabilidade tem direito a ser tratado como pessoa", e quem não aplicar esta disposição, será heteroadministrado, o que significa que não será tratado como pessoa (JAKOBS; MELIÁ, 2018, p. 58 - 59).

Desse modo, teríamos duas bases de aplicação do Direito Penal: uma tendo como destinatário o cidadão que, mesmo infringindo uma norma penal, mostra-se disposto a restabelecer o pacto social a que se encontra subordinado; já na outra extremidade de aplicação do Direito Penal, teremos os indivíduos que, de forma reiterada, se negam a cumprir as normas ou se comportam de forma que sua conduta ofereça risco para a coletividade. Para esses, o Direito funcionaria como mecanismo de controle com o objetivo não de retribuir um mal cometido, mas como coação, com a finalidade de eliminar o perigo que ameaça a ordem social (JAKOBS; MELIÁ, 2018).

4.2. Abordagem crítica

Iremos restringir nosso universo de análise quanto à crítica à flexibilização dos princípios garantistas que asseguram um tratamento humano para todo e qualquer indivíduo que venha a praticar um delito, em virtude do grande universo de autores que se deterão ao estudo do tema. Assim, trabalharemos com base nos autores Manuel Cancio Meliá, Francisco Muñoz

Conde e Eugenio Raul Zaffaroni que fazem um debate no sentido de desqualificar o Direito Penal do Inimigo tanto no aspecto jurídico, quanto em seu aspecto sociológico.

Na obra *Direito Penal do Inimigo*, de 2018, escrita pelo professor Jakobs e Cancio Meliá, temos inicialmente as posições e ideias defendidas por Jakobs, aludidas anteriormente e, em um segundo momento, uma contraposição ao catedrático alemão, feita pelo professor Manuel Cancio Meliá, que se propõe a uma discussão menos purista sobre o tema, apresentando as questões jurídicas e políticas que proporcionaram a construção do conceito de "inimigo" nesse novo contexto social.

O professor Meliá conduz um debate, apresentando os fatores que impulsionaram o ressurgimento de políticas-criminais voltadas ao punitivismo do Estado, que concentrará toda sua atenção e energia, no sentido de desqualificar as estratégias e justificativas utilizadas, para suprimir a condição de ser humano dos indivíduos taxados como inimigos - aqueles que colocam em risco os pilares da sociedade.

Para Zaffaroni, essa possibilidade de aplicação de um outro Direito Penal, para um grupo restrito apenas àqueles infratores de atividades perigosas, é um tipo de "permissão" que se mostra extremamente ameaçadora para a sociedade como um todo. Estamos falando de critérios de classificação criminosa estipulados a partir de "necessidades" humanas que tendem a se expandir cada vez mais, podendo desaguar no estabelecimento de governos autoritários.

A partir de uma visão estática do poder - ou seja, da fotografia - é possível pensar que,, se concedermos um espaço limitado ao direito penal do inimigo, ou seja, se entregarmos um grupo de pessoas ao poder conforme o modelo do Estado de polícia, e de forma limitada, as pulsões deste modelo cessarão. Todavia, não é isso que acontece na realidade dinâmica do poder, no qual todo espaço que se concede ao Estado de polícia é usado por este para estender-se até chegar ao Estado absoluto (ZAFFARONI, 2017, p. 166 - 167).

Nesse debate, na obra *"Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas"*, mencionada anteriormente, o professor Meliá destaca o caráter contraditório presente nos argumentos que justificam a aplicação do Direito Penal do Inimigo, que deve ser encarado como a negação ao Direito. Sua

fundamentação é a inobservância dos princípios que lastreiam o Direito Penal de cunho liberal, o qual veda uma punibilidade prévia ao fato praticado.

Essa expansão do Direito Penal processa-se há bastante tempo. A partir dos movimentos de Lei e Ordem dos Estados Unidos, porém, é que as questões penais passaram a assumir cada vez mais um caráter simbólico, não no sentido de não aplicabilidade, mas no sentido de propagandear resultados na produção de novas legislações e na criminalização de determinadas condutas. A tipificação de novos bens jurídicos acarretou o endurecimento das penas antigas e uma desproporcionalidade de pena para as novas condutas classificadas como perigosas para a sociedade (JAKOBS; MELIÁ, 2018).

Dito com toda brevidade: o Direito Penal simbólico não só identifica um determinado <<fato>>, mas também (ou: sobretudo) um específico tipo de autor, que é definido não como igual, mas como outro. Isto é, a existência da norma penal - deixando de lado as estratégias técnico-mercantilistas, a curto prazo, dos agentes políticos - persegue a construção de uma determinada imagem da identidade social, mediante a definição dos autores como <<outros>>, não integrados nessa identidade, mediante a exclusão do <<outro>> (JAKOBS; MELIÁ, 2018, p. 88).

Para Meliá, é preciso que não apenas se verifique essa distinção de tratamento, como é dever denunciar o processo silencioso e velado do Direito Penal, que opera mecanismos de controle com a finalidade de estabilizar o excesso populacional indesejado. A execução de técnicas de exclusão desses indivíduos se dá de forma orquestrada, levando-se em consideração as funções que determinados sujeitos desempenham na estrutura social a que pertencem.

Dessa forma, o processo de "rotulação" dos não aceitos ocorre, quando é atribuída a característica de agente perigoso. Inicia-se, assim, um procedimento de exclusão com base não na conduta do indivíduo, mas com base em critérios políticos que o classificam como um risco para a ordem pública, em virtude da possibilidade de este vir a cometer um ato futuro que venha a lesionar a paz da comunidade. São esses os sujeitos indesejáveis para a sociedade (JAKOBS; MELIÁ, 2018).

Assim, o objetivo desse "novo" ramo do Direito Penal, pelo menos no que diz respeito ao discurso oficial, era o de conferir maior efetividade para o

combate das novas formas de criminalidade que passaram a existir com os avanços técnico-científicos. Tal autorização viabilizava o uso indiscriminado da violência por parte do Estado. Esse combate à violência contra os "inimigos", seria essencial para a manutenção da ordem. Contudo, uma das consequências dessa medida é o fato de que isso acarretaria obrigatoriamente na categorização de certos grupos de indivíduos como ameaças para a manutenção da sociedade, demonizando esses indivíduos e grupos (YOUNG, 1949/2015).

O essencialismo dá uma base cultural de conflito e é o pré-requisito necessário para a demonização de partes da sociedade. a demonização é importante por que permite que os problemas da sociedade sejam colocados nos ombros dos "outros", em geral percebidos como situados na "margem" da sociedade. Ocorre aqui a inversão costumeira da realidade causal: em vez de reconhecer que temos problemas na sociedade por causa do núcleo básico de contradições na ordem social, afirma-se que todos os problemas da sociedade são devidos aos próprios problemas (YOUNG, 1949/2015, p. 165).

Desse modo, a convivência entre duas propostas de Direito Penal tão distintas e antagônicas é totalmente inviável dentro de um Estado Democrático de Direito, que tem como limite o respeito às condições mínimas de humanidade, inerentes a qualquer indivíduo, não podendo o poder estatal transpor essa barreira e negar ou flexibilizar essas garantias, seja quem for o infrator.

Para Muñoz Conde, o tratamento diferenciado entre indivíduos pertencentes ao mesmo agrupamento social não é algo novo dentro da esfera do poder público. Essa distinção sempre foi algo perceptível dentro das relações sociais e no Direito Penal, mais do que em qualquer outro campo do conhecimento, em virtude de estarmos diante do mais efetivo elemento de coação do Estado, o monopólio do poder punitivo pelo ente público conferiu um poder quase que absoluto no processo de criminalização de massas.

É preciso salientar, porém, que em regimes políticos democráticos esses tratamentos desiguais e desproporcionais causam estranheza, já que entre os princípios norteadores do Direito Penal estão presentes o princípio da igualdade e o da proporcionalidade. Assim, para Muñoz Conde a maior de todas as peculiaridades nessa nova modalidade Direto Penal, o do Inimigo,

está no fato de que esse tipo de tratamento dispensado aos taxados como "estranhos", sempre foi característico de governos e regimes totalitários. Apesar disso, é possível verificar que nos ordenamentos jurídicos penais nos países democráticos, tem-se verificado cada vez mais a ampliação de legislações penais de exceção, afrontando os princípios jurídicos penais garantistas (CONDE, 2012).

Provavelmente, a novidade deste Direito Penal do Inimigo, que agora se refere Jakobs, é que este tipo de Direito Penal excepcional, contrário aos princípios liberais do Estado de Direito e inclusive aos direitos fundamentais reconhecidos nas constituições e declarações internacionais de direitos humanos, começa a aparecer também nos Estados democráticos de Direito que acolhem, em suas constituições e textos jurídicos fundamentais, princípios de Direito Penal material do Estado de Direito, como o de legalidade, proporcionalidade, culpabilidade e sobretudo, os de caráter processual penal, como o de presunção de inocência, devido processo e outras garantias do imputado em um processo penal (CONDE, 2012, p. 33).

O inimigo no Direito Penal ao longo da história, já assumiu inúmeras categorizações, cada um deles com suas particularidades, a depender dos valores de cada época. No período que compreende o final do século XX e início do século XXI, o mundo passava por inúmeras transformações. O fantasma do comunismo, criado pelo bloco de países capitalistas liderados pelos Estados Unidos, deixava de existir e surgiam outros inimigos para se combater, como já pontuado pelo autor Jesús-Maria Silva Sánchez, como o tráfico de drogas, o crime organizado e principalmente o terrorismo.

A partir dessas novas diretrizes, a atividade legislativa passou a produzir inúmeras leis com vistas a possibilitar a sanção de atos preparatórios, que, direta ou indiretamente, tenham qualquer tipo de correlação com essas práticas danosas elencadas no parágrafo anterior. Os Estados Unidos se tornaram o centro irradiador desse modelo de Direito Penal punitivista, interferindo diretamente nos mais distintos países do continente americano, financiando e enviando material humano para difundir suas estratégias, como foi o caso do combate ao tráfico de drogas na Colômbia, final dos anos de 1980 e início dos anos de 1990.

Contudo, o evento primordial que justificou e legitimou a implantação de um Direito Penal voltado para o combate de elementos perigosos, uma

verdadeira cruzada na criminalização com base na periculosidade do autor, foi o atentado às torres gêmeas, em Nova Iorque, o que desencadeou um pacote de medidas que flexibilizou tanto as garantias materiais do Direito Penal, como as processuais penais, sob a justificativa de se combater um mal maior que ameaçava não só os Estados Unidos, mas toda a humanidade, que era o terrorismo dos países do Oriente Médio (CONDE, 2012).

O tráfico de drogas, o terrorismo e o fantasma da criminalidade organizada têm sido os problemas que vem dando lugar a um Direito Penal excepcional que muito bem poderia ser qualificado como Direito Penal do Inimigo. São estes delitos e seus autores, a principal preocupação dos governos atuais, que procedem da forma mais dura e eficaz possível para combatê-los, inclusive além dos parâmetros admissíveis no Estado de Direito (CONDE, 2012, p. 43).

Porém, essa desproporcionalidade do uso da violência não parece ser a forma mais adequada para tratar o problema das novas modalidades de delito, visto que, como assevera Ferrajoli, o uso irracional do Direito Penal lhe retira legitimidade, banalizando seus propósitos. Para Muñoz Conde, quando Jakobs defende o uso de dois Direitos Penais em um Estado Democrático, ele omite o fato de que o desrespeito aos princípios constitucionais vai aniquilando o próprio Estado de Direito, sendo inviável a possibilidade de coexistirem essas duas formas jurídico-penais dentro de um mesmo Estado (CONDE, 2012).

4.3. O histórico processo de exclusão social e o "etiquetamento" de toda uma classe como inimigos no Brasil

Antes de adentrarmos na discussão a respeito dos elementos normativos de Direito Penal do Inimigo, dentro das atuais legislações penais brasileiras, será preciso fazermos uma breve retrospectiva sobre o processo de formação de toda a estrutura social do Estado brasileiro, que influenciará de forma determinante na classificação do inimigo.

O Brasil, que foi colônia de exploração de Portugal, foi "construído" com base em uma estrutura social toda alicerçada em um sistema escravagista, o qual sequestrou e comercializou milhares de africanos ano após ano do seu continente de origem. Essa população negra, durante esse longo período de nossa história, foi brutalmente humilhada e torturada diuturnamente, sob as mais absurdas justificativas, com a finalidade de domesticar toda uma "classe"

de indivíduos, para que estes não viessem a se insurgir contra seus senhores (SOUZA, 2017).

A escravidão em território brasileiro durou aproximadamente três séculos e condenou à morte e a penas perpétuas, inúmeras gerações de muitas etnias africanas. O Brasil, em virtude dessa dependência à mão-de-obra escrava, foi um dos últimos países a abandonarem o regime de escravidão, que aconteceu de direito, não de fato, com a lei Áurea em 1888.

Esse fato se deu em função das exigências das potências européias, como é caso da Inglaterra, no sentido de obrigar as colônias a criarem as condições para o surgimento de novos mercados consumidores.

A partir daí, verificou-se um processo de substituição da mão-de-obra escrava pela mão-de-obra assalariada, mudança essa de fundamental importância para a sobrevivência do sistema capitalista que, respaldado pela ideologia do mercado, já havia-se espalhado por praticamente todo o globo terrestre.

Com o fim da escravidão, a população negra foi abandonada e lançada à própria sorte, porquanto acostumados aos trabalhos forçados e sem formação alguma, não estavam qualificados para as novas condições de trabalho impostas pelo sistema capitalista. Com isso, o Estado brasileiro passou a promover uma intensa política de imigração, distribuindo terras para povos de nacionalidade europeia, que estivessem dispostos a vir ao Brasil e realizar um forte processo de interiorização, com o intuito de promover uma ocupação "qualificada" do imenso território nacional.

Com esse intenso movimento migratório, de povos de nacionalidade europeia, a população negra tornou-se cada vez mais indesejada e passou a ser empurrada de forma compulsória para os extremos das regiões periféricas dos centros urbanos, criando verdadeiros bolsões de miséria, em que passaram a sobreviver numa condição de "não humanos". Apesar da liberdade física, os negros passaram a ser vigiados e controlados pelas forças policiais. Era liberdade era relativa, pois esses povos viviam sob condições ainda piores do que as do regime escravagista. Nada foi feito para qualificar e inserir todo um contingente de indivíduos no circuito produtivo da economia, visando a corrigir o desequilíbrio social provocado pelos três séculos de escravidão vivenciados no Brasil, tornando-os seres "invisíveis" (SOUZA, 2017).

Para o negro, sem a oportunidade de competir com chances reais na nova ordem, restavam os interstícios do sistema social: a escória proletária, o ócio dissimulado ou a criminalidade fortuita ou permanente como forma de preservar a dignidade de 'homem livre'. Ao perderem a posição de principal agente do trabalho, os negros perderam também qualquer possibilidade de classificação social (SOUZA, 2017, p. 77).

Com a edificação de uma sociedade extremamente desigual, com seu crescimento econômico e populacional, a exclusão social foi se transformando em uma eficiente estratégia de estabilização econômica, impondo a esses grupos de indivíduos excluídos, condições de vida e de trabalho extremamente desumanas, tudo em função da acumulação do capital. Foi a partir desse processo que se intensificou o movimento legislativo para tipificar como crime determinadas condutas praticadas pelas populações mais pobres, fato que propiciou o surgimento da tese de um aumento da criminalidade de massas⁴, que buscou mascarar e legitimar um complexo método para criminalizar a pobreza.

Dentro dessas circunstâncias, o próprio sistema foi se encarregando de criar, por meio dos seus legisladores e operadores do direito, os critérios de classificação e categorização daqueles indivíduos capazes de oferecer perigo à ordem social os quais, a partir daí, passam a ser etiquetados como criminosos, como inimigos que precisam ser neutralizados pelo Estado (WACQUANT, 2001).

Na medida em que se trata um ser humano como algo meramente perigoso e, por conseguinte, necessitado de pura contenção, dele é retirado ou negado o seu caráter de pessoa, ainda que certos direitos (por exemplo, fazer testamento, contrair matrimônio, reconhecer filhos, etc) lhe sejam reconhecidos. Não é a quantidade de direitos de que alguém é privado que lhe anula a sua condição de pessoa, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas por que é

⁴ Mas se partimos de um ponto de vista mais geral e observarmos a seleção da população criminosa dentro da perspectiva macrosociológica da interação e das relações de poder entre os grupos sociais, reencontramos, por detrás do fenômeno, os mesmos mecanismos de interação, de antagonismo e de poder que dão conta, em uma dada estrutura social, da desigual distribuição de bens e de oportunidades entre os indivíduos. Só partindo deste ponto de vista pode-se reconhecer o verdadeiro significado do fato de que a população carcerária, nos países da área do capitalismo avançado, em sua enorme maioria, seja recrutada entre a classe operária e as classes economicamente mais débeis (BARATTA, 2018, p. 106)

considerado pura e simplesmente como *ente perigoso* (ZAFFARONI, 2017, p. 18).

Para além da escravidão como elemento de formação dessa sociedade desigual, outro episódio de relevante importância foi o Golpe de Estado de 1964, no qual se implantou uma Ditadura Civil-Militar. Não é mera coincidência que a tomada do poder pelos militares, no Brasil, tenha ocorrido justamente quando se observava, no mundo ocidental, um forte apelo a políticas públicas de controle da população, influenciadas pelos Estados Unidos.

Nesse momento histórico, não só os processos de exclusão se mantiveram, como se intensificaram, aumentando os níveis de desigualdade no país. Durante o Regime Militar os indivíduos que não eram aproveitados pelo mercado, na sua imensa maioria a população negra, continuaram a ser aniquilados pelo sistema penal, porém o foco principal passou a ser a luta contra aqueles indivíduos que resistiam aos mandos e desmandos dos militares. Era um "inimigo" de cunho político-ideológico.

Dentro dessa perspectiva, a influência norte-americana no processo de legitimação desses governos de cunho autoritário, nos países da América latina e em especial no Brasil, foi fundamental, no sentido de não permitir uma mudança cultural da população, mantendo enraizada uma cultura da punição. O discurso passou a desqualificar aqueles taxados como subversivos, atribuindo à categoria de inimigo da ordem pública (ZAFFARONI, 2017).

Foi durante o período da ditadura militar que esses sucessivos "governos" outorgaram uma série de medidas e leis que criminalizavam indivíduos que denunciavam as desigualdades alimentadas tanto pelo mercado, como pelo tratamento jurídico de determinados grupos sociais. Esses grupos criminalizados em virtude da orientação político-ideológica, lutavam para reduzir essas gigantescas desigualdades sociais. Para esses sujeitos, o tratamento penal foi de combate ao inimigo. Eles eram os subversivos, defensores da dita ameaça comunista que tentava destruir os pilares da família, da igreja e dos bons costumes.

O Brasil amargou 21 anos sob um regime de exceção, que torturou e matou quem se mostrava contrário às políticas excludentes. Porém, apesar da enorme mancha de sangue, deixada pelo Regime militar, as piores consequências foram, na transição para o Regime democrático, a manutenção

dos mecanismos de controle da pobreza, característicos do modelo de Estado Penal típico de governos autoritários, em que temos polícias, judiciário e sistema carcerário agindo sob o manto do Direito Penal. Com seu discurso baseado em uma igualdade formal, promove um ataque sistêmico aos direitos fundamentais de toda uma classe de indivíduos, além do encarceramento em massa dos insubordinados (WACQUANT, 2001).

Em tais condições, desenvolver o Estado penal para responder às desordens suscitadas pela desregulamentação da economia, pela dessocialização do trabalho assalariado e pela pauperização relativa e absoluta de amplos contingentes do proletariado urbano, aumentando os meios, a amplitude e a intensidade da intervenção do aparelho policial e judiciário, equivale a (r)estabelecer uma verdadeira *ditadura sobre os pobres* (WACQUANT, 2001, p. 10).

Essa condição de excepcionalidade que se perpetua desde o "descobrimento" do Brasil, apresentou, como debatemos no trabalho, suas particularidades de acordo com a forma como o capital se organizou e seu grau de influência nas políticas de governo. O fim do Regime Militar no Brasil se deu no ano de 1985. A Constituição cidadã entrou em vigor em 1988 e o país teve seu primeiro presidente eleito democraticamente em 1989, passando a viver sob os fundamentos de um Estado de Direito (SILVA JUNIOR, 2017).

Sem a ameaça dita comunista criada pelo regime militar, o sistema precisava agora construir um novo oponente, um inimigo que fizesse jus a todas as mazelas que afligiam a população brasileira. A bola da vez era o narcotráfico, a partir do que se construiu um espetáculo midiático associando os roubos, homicídios, crimes sexuais e uma infinidade de mazelas sociais, ao tráfico de drogas ilícitas e conjuntamente à criação desse ideário a relação entre as periferias pobres e o comércio de drogas (CARVALHO, 2006).

A resignificação do inimigo, não apenas como meta-regra mas sendo alçado a signo oficial de interpretação e aplicação do direito penal, se sintoniza com o projeto político criminal de beligerância. Nos países periféricos latinos, face às inconsistências de percepção do fenômeno terrorista, a criminalidade organizada do narcotráfico abre espaço para a recepção do estigma legitimador do direito penal de emergência (CARVALHO, 2006, p. 264).

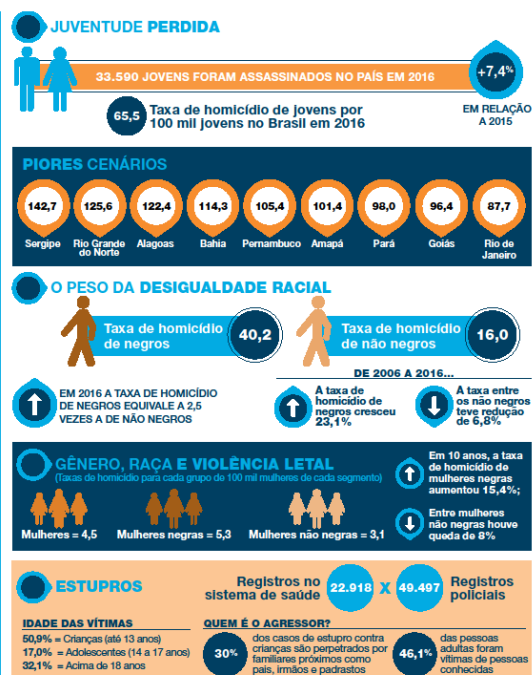
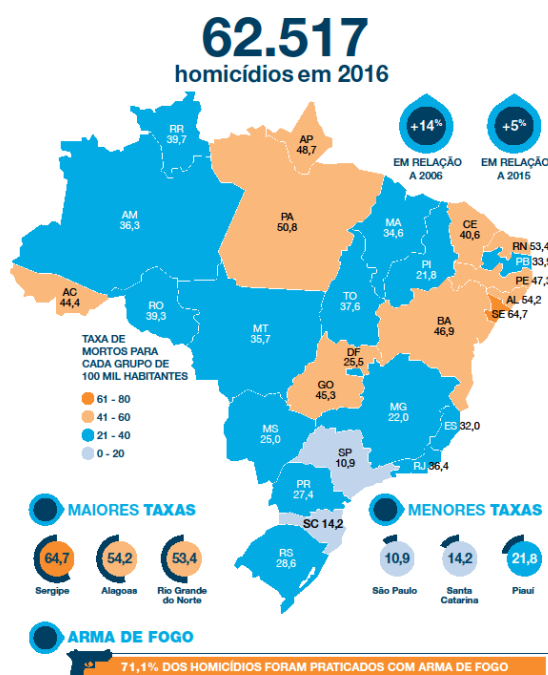
Para que se chegue à conclusão de que, apesar de vivermos em uma democracia, existe sim um Estado de Exceção⁵ no Brasil, voltado aos interesses do mercado, promovendo o genocídio da população negra e miserável, basta analisarmos os dados referentes aos números de homicídios no país, além das informações sobre a população carcerária.

Segundo o FBSP (Fórum Brasileiro de Segurança Pública), de 2006 a 2016, a taxa de homicídios contra a população negra cresceu 23,1%, enquanto na população não negra caiu 6,8%. De acordo com matéria publicada no canal *Globo News*, com base nos dados da Fundação Abrinq, os homicídios praticados contra jovens de cor negra cresceu 428% no intervalo que compreende do ano de 1997 até o ano de 2017. Ainda segundo a mesma pesquisa, a morte de jovens negros em todo o país corresponde a 80% de todos os jovens mortos.

Somando-se a esses dados, assusta ainda o número de vítimas decorrentes de ações policiais, que apresentam indicadores extremamente elevados. De acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 4.222 pessoas perderam a vida pelas mãos da polícia. Segundo levantamento publicado recentemente pelo canal G1, em parceria com o Núcleo de Estudos da Violência da USP e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, o dado apresentado anteriormente é ainda mais alarmante, pois essas mortes aumentam a cada ano, chegando ao número de 6.160 mortes em virtude de ações policiais, só no ano de 2018, o que representa um aumento de 18%, quando comparado às 5.225 mortes do ano de 2017.

⁵ Sob o ângulo *sociológico*, a exceção geralmente se presta a revelar a ambiguidade dos autoproclamados Estados de Direito, dentro dos quais se instauram regimes de Terror para enormes contingentes da população (VALIM, 2017, p. 20 - 21). Nas palavras de Paulo Sérgio Pinheiro, "loucos, prostitutas, prisioneiros, negros, hispânicos, árabes, curdos, judeus, ianomâmis, aidéticos, homossexuais, travestis, crianças, operários irão nascer e morrer sem terem conhecido o comedimento do Leviatã" (PINHEIRO, *apud* VALIM, 2017, p. 21).

Atlas da Violência 2018



Fonte: ATLAS DA VIOLÊNCIA 2018

Com relação aos dados sobre o sistema carcerário, a partir do Levantamento nacional de informações penitenciárias, feito pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, fica ainda mais fácil identificar a quem o sistema penal classificou como inimigo da ordem pública. De acordo com o levantamento (atualizado até 2016), a população carcerária passou de 90 mil apenados em 1990, para incríveis 726.712 em junho de 2016, dos quais 40% (aproximadamente 290 mil) cumprem pena sem condenação.

Desse gigantesco contingente de indivíduos aprisionados, 74% deles têm entre 18 e 34 anos; 64% da população carcerária é composta por indivíduos negros e 60% desses apenados não concluíram sequer o ensino fundamental.

Diante dos assombrosos dados apresentados, faz-se necessário estabelecer uma relação sobre as reiteradas violações dos princípios garantistas, trabalhados no capítulo anterior, sob os quais nossa Constituição se assenta. Quando verificamos que quase 300 mil pessoas, de um total de 726 mil, cumprem pena sem que tenham tido suas ações julgadas em definitivo pelo Poder Judiciário, temos a violação a um dos mais caros princípios de nossa lei maior, a Constituição Federal, que é o princípio da presunção de

inocência, o qual está positivado no artigo 5º, inciso LVII, da seguinte forma: **"ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.**

Dessa forma, quando estamos inseridos em uma estrutura social alicerçada na desigualdade entre os indivíduos, o que se refletirá obrigatoriamente nos mecanismos de controle, a partir do momento em que há o desrespeito ao princípio da presunção de inocência, todos os demais princípios serão em algum momento flexibilizados, a depender da situação (BARATTA, 2018).

Quando observamos que mais de 60% da população carcerária é composta por indivíduos de pele negra e que 40% dos apenados "cumprem" pena sem que tenham sido submetidos a julgamento, fica bastante perceptível o peso que a acusação tem no processo penal. Diante dessa realidade, é possível verificar a clara violação ao princípio da paridade entre acusação e defesa, refletindo no uso indiscriminado das prisões cautelares, em virtude do prestígio que gozam os órgãos de acusação.

A partir do tratamento desigual entre defesa e acusação, temos também a violação ao princípio do contraditório, que passa a existir como medida meramente ritualística, para conferir legalidade aos abusos. Temos também a flexibilização do princípio do ônus acusatório, que passa a ser suavizado, para, em casos complexos, provas obtidas ilegalmente sejam validadas para confirmarem a tese acusatória.

Além disso, constatar que quase 470 mil dos apenados no Brasil têm a pele negra, nada mais é do que comprovar a violação ao **princípio da independência interna e externa da magistratura**. Mostra a funcionalidade do Poder Judiciário em favor do sistema econômico e, apesar da dificuldade para se comprovar esse nível de atuação do judiciário, devido a toda ritualização dos procedimentos, para dar "tons" legais ao projeto de neutralização dos negros e da pobreza, a discrepância entre não negros e negros incriminados, denuncia esse tipo de atuação (ANDRADE, 2012).

A partir dos dados oficiais, pode-se chegar à conclusão de que estamos sim diante de um extermínio da população negra e pobre, não absorvida pelo mercado de trabalho. Para tanto, o Estado se vale do Direito Penal para

promover um encarceramento em massa desses jovens, pelo que eles representam, não pelo mal que causaram.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa buscou demonstrar os reais objetivos que se encontram latentes nos discursos que legitimam o monopólio da violência por parte do Estado. Para tanto, foi preciso evidenciar o nexos existente entre o sistema econômico e o sistema penal, sendo necessário superar a concepção de que o Direito Penal existe com a finalidade de promover a paz social, sendo aplicado de forma aleatória e impessoal.

Assim, a partir das pesquisas realizadas, verifica-se que o *ius puniendi* modifica-se de acordo com as reformulações do modelo econômico. O mercado precisa neutralizar o excedente populacional, para manter suas condições de exploração em nível máximo. No Brasil, essa relação de exploração, assim como o Direito Penal, assume, também, uma função balizadora das condutas dos indivíduos, porém, com um nível de crueldade extremamente elevado, em que o Estado se torna o principal violador dos Direitos Humanos da população (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004).

O Estado brasileiro, apesar de hoje se encontrar regido por um regime político democrático e ter ratificado tratados e convenções que versam sobre o respeito aos Direitos Humanos, com uma Constituição editada sobre tais princípios, nunca deixou de violentar as camadas pobres da população. Contudo, foi justamente após a adoção do regime democrático, que os ataques à população negra ficaram mais evidentes.

É a partir da década de 1990 que, com base nos dados apresentados no trabalho, o Estado passa a executar um projeto de encarceramento em massa desses grupos, retirando deles a condição de cidadão, deixando-os, portanto, "descobertos" pelas garantias constitucionais. A condição de inocência de um acusado de pele negra deixou de existir, passando para uma condição de culpabilidade, invertendo os papéis na relação processual penal, em que o acusado, que se encontra em acentuada posição de desvantagem na relação jurídico-penal, é considerado culpado até que se prove sua inocência.

Quando tratamos de Estados que se autodefinem como democráticos e observamos os reiterados ataques à figura do princípio da presunção de inocência, em que temos 40% da população carcerária cumprindo pena sem que seus processos tenham transitado em julgado, com a banalização das prisões cautelares, passamos a ter um cenário de fato preocupante. A partir do

momento em que se desmascara aquela ideia de que o órgão julgador age de forma imparcial, sem motivação política, teremos a concepção de que a flexibilização das garantias asseguradas constitucionalmente e o ativismo judicial são fatores que corroem o corpo social e agem não para preservação do Estado, mas para a preservação dos mais poderosos e consequentemente a aniquilação das ameaças à manutenção do *status quo* (VALIM, 2017).

A população brasileira e, em especial a de pele negra e pobre, está inserida em uma guerra criada e cultivada pelo próprio Estado, que mata cada vez mais, prende cada vez mais e, sob a justificativa do combate às drogas e à corrupção, suplanta o Estado de Direito e caminha para a implantação de um Estado Totalitário. O Brasil, apesar de mascarar suas ações com base em discursos que tentam dar legitimidade para suas ações, promove um verdadeiro extermínio da população que ocupa os bolsões de miséria do país, na sua grande maioria composta por negros.

Desse modo, por meio de ficções jurídicas criadas única e exclusivamente para solucionar problemas e grupos de indivíduos pontuais, o Brasil trabalha dando contornos legais a essas aberrações jurídicas. A grande problemática, porém, está no processo de expansão que essas violações de direitos vão assumindo, abarcando cada vez mais "inimigos" e cada vez mais comportamentos indesejados aos olhos de quem detém o poder para classificá-los como perigosos (CONDE, 2012).

Chega-se à conclusão de que o Brasil vive sim um Estado de Exceção, porém, esta situação não é algo novo, é um estado de beligerância contra a população negra e pobre, que vem desde o processo de estruturação do país como uma nação, quando ainda colônia de Portugal. No entanto, é com a implantação de um regime democrático que essas violências institucionais passam a necessitar de contornos legais, para não se tornarem ações arbitrárias.

Autores como Jakobs e Silva Sanchez defendem a possibilidade de coexistirem dois Direitos Penais em que um respeita os princípios garantistas e outro os viola. Esse tipo de entendimento é insustentável em um regime democrático, pois como pode haver um Direito que nega ao outro sua existência, sua condição de ser humano, sua dignidade?

Por fim, para que esse extermínio em massa da população negra e miserável cesse, será preciso romper com essa cultura punitivista que foi implantada inclusive entre os membros pertencentes às classes mais pobres, fazendo com que estes indivíduos não se reconheçam como vítimas do sistema e propagem essa cultura da violência, que tanto serve ao mercado.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: O controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012. 414 p. (Pensamento Criminológico; v. 19).

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. 338 p.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**: esquematizado. Rio de Janeiro: Método, 2009. 1201 p.

BARATTA, Alessandro. Princípios do Direito Penal Mínimo: Para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. **Doctrina Penal**: Teoria e prática em lãs ciências penais, Buenos Aires, v. 87, n. 10, p.623-650, out. 1987. Tradução de: Francisco Bissoli Filho. Disponível em: <<http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/alessandro%20baratta%20princípios%20de%20direito%20penal%20minimo.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2019.

BARATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. **Fascículos de Ciências Penais**, Santa Catarina, v. 6, n. 2, p.44-61, jun. 1993. Trimestral.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2018. 256 p. (Pensamento Criminológico). Tradução de: Juarez Cirino dos Santos.

BATISTA, Vera Malaguti. **Adesão subjetiva à barbarie**. Conferência proferida no 41º Encontro Descentralizado CFESS/CRESS da Região Sudeste. Rio de Janeiro, . Disponível em: www.cress.es.org.br/site/imagens/artigo_vera_malaguti_descentralizado_2012

BATISTA, Vera Malaguti. **INTRODUÇÃO CRÍTICA À CRIMINOLOGIA BRASILEIRA**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2018. 126 p.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 833 p.

CARVALHO, Salo de. Política de guerra às drogas na América Latina entre o Direito Penal do Inimigo e o Estado de exceção permanente. **Revista Crítica Jurídica**, Porto Alegre, v. 25, n. 1, p.253-267, dez. 2006. Anual. Disponível em:

<<http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosjuridico/index.php/juridico/article/view/5>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. 12. ed. São Paulo: Editora ática, 2002. 440 p.

CONDE, Francisco Muñoz. **Direito penal do inimigo**. Curitiba: Juruá, 2012. 85 p. Tradução de: Karyna Batista Sposato.

_____. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 17 de abril de 2019.

DEL OLMO, Rosa. **A América Latina e sua criminologia**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. 328 p. (Pensamento criminológico; v. 9). Tradução de: Francisco Eduardo Pizzolante e Sylvia Moretzsohm.

DMITRUK, Erika Juliana. Que é abolicionismo Penal? **Revista Jurídica da Unifil**, Londrina, v. 3, n. 3, p.59-65, nov. 2006. Anual. Disponível em: <http://web.unifil.br/docs/juridica/03/Revista%20Juridica_03-5.pdf>. Acesso em: 16 de fevereiro de 2019.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 10 de agosto de 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. O garantismo e a esquerda. In: VIANNA, Túlio et al. **Garantismo penal no Brasil**: Estudos em homenagem a Luigi Ferrajoli. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 15-25. Tradução de: Alfredo Copetti Neto.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. 291 p. Tradução de: Raquel Ramalhete.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. - 6.ed. – São Paulo: Atlas, 2008.

GIORGI, Alessandro de. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2006. 128 p. (Pensamento criminológico; v. 12). Tradução de: Sérgio Lamarão.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 5. ed. Niterói-RJ: Impetus, 2010. 178 p.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 16. ed. Niterói: Impetus, 2014. 809 p.

HULSMAN, Louk. El enfoque abolicionista: políticas criminales alternativas. In: RODENAS, Alejandra; FONT, Enrique Andrés; SAGARDUY, Ramiro A. P. (Org.). **El Poder Punitivo del Estado**. Rosario - Pcia. de Santa Fe Argentina: Editorial Juris, 2000. p. 75-104. (CRIMINOLOGÍA CRÍTICA Y CONTROL SOCIAL).

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. 118 p. Tradução de: André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli.

MAIA, Carol Serrano de Andrade. **Impactos da precarização do trabalho sobre professores de pós-graduação da Universidade Federal da Paraíba**. 2012. 108 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Administração, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 1022 p.

KILDUFF, Fernanda. O controle da pobreza operado através do sistema penal. **Revista Katálysis**, [s.l.], v. 13, n. 2, p.240-249, 2010. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s1414-49802010000200011>.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 119 p. Luis Claudio de Castro e Costa.

MORAIS, Alexandre Rocha Almeida de. **A Terceira Velocidade do Direito Penal: o 'Direito Penal do Inimigo'**. 2006. 327 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp008973.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2018.

ROESSING, Telma de Verçosa. **A execução penal alternativa no Brasil: paradigma de prevenção criminal e proteção de direitos**. 2011. 173 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2011. Disponível em: <<http://tede.biblioteca.ufpb.br/bitstream/tede/4353/1/arquivototal.pdf>>. Acesso em: 18 de março de 2018.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. 282 p. (Pensamento Criminológico, v.3). Tradução de: Gizlene Neder.

SANTOS, Izequias Estevam dos. **Manual de métodos e técnicas de pesquisa científica**. 9. ed. Niterói: Impetus, 2012. 381 p.

SILVA JUNIOR, Nelson Gomes de Sant'ana e. **Política criminal, saberes criminológicos e justiça penal**: que lugar para a Psicologia. 2017. 204 f. Tese (Doutorado) - Curso de Psicologia, Programa de Pós-graduação em Psicologia, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo. editora Revista dos Tribunais, 2013. (Direito e ciências afins; v. 6 / coordenação alicé Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira).

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso**: da escravidão à lava jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017. 239 p.

SPOSITO, Maria Encarnação Beltrão. **Capitalismo e urbanização**. 15. ed. São Paulo: Editora Contexto, 2005. 80 p. (Repensando a Geografia).

WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999. 174 p. Tradução de: André Telles.

TRÊS VELOCIDADES, UM INIMIGO, NENHUM DIREITO: Um esboço crítico dos modelos de direito penal propostos por Silva Sánchez e Jakobs. Florianópolis: Buscalegis, 2011. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13254-13255-1-PB.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2018.

VALIM, Rafael. **Estado de exceção**: a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017. 62 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: A perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1991. 281 p. Tradução de: Vânia Romano Pedrosa; Amir Lopes da Conceição.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, volume 1**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. 766 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2017. 222 p. (Pensamento Criminológico; v. 14). Tradução de: Sérgio Lamarão.

Mortes de jovens negros por arma de fogo crescem 428% em 20 anos.

Disponível em:

<http://g1.globo.com/globo-news/videos/v/morte-de-jovens-negros-por-arma-de-fogo-crescem-428-em-20-anos/7543746/>> Acesso em: 17 de abril de 2019.

Levantamento nacional de informações penitenciárias: atualização - junho de 2016. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 18 de abril de 2019.

Anuário brasileiro de segurança Pública 2018. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/06/FBSP_Atlas_da_Violencia_2018_Relatorio.pdf>. Acesso em: 18 de abril de 2019.

Número de pessoas mortas pela polícia no Brasil cresce 18% em 2018; assassinatos de policiais caem. Disponível em:

<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/19/numero-de-pessoas-mortas-pela-policia-no-brasil-cresce-em-2018-assassinatos-de-policiais-caem.ghtml>> Acesso em: 19 de abril de 2019.